

LOS PROCEDIMIENTOS CIVILES.

PROFESOR: RICARDO A. MÁRQUEZ ACEVEDO.

www.ricardomarquez.cl

@ricardomarquez.cl_abogado

rmarquez@ricardomarquez.cl.

ÍNDICE:

I.- LOS PROCEDIMIENTOS CAUTELARES (MEDIDAS PRECAUTORIAS O CAUTELARES). PÁGINAS N° 4-17.

II.- PROCEDIMIENTOS CIVILES

PROCEDIMIENTOS DECLARATIVOS:

1.- PROCEDIMIENTO ORDINARIO DE MAYOR CUANTÍA LIBRO

II ARTS. 253 Y SS. CPC. PÁGINAS N° 18-65.

III.- TEORÍA DE LA PRUEBA PÁGINAS N° 66-131.

CURSO DERECHO PROCESAL III.

APUNTES DE CLASES 2.020.
PROF. RICARDO MÁRQUEZ ACEVEDO¹.

ADVERTENCIA.

El presente apunte, corresponde a un trabajo realizado por el autor en sus actividades de cátedra y solo es un material básico, para alumnos a los que imparte el presente curso. También se encuentra matizado con la experiencia del autor en materia civil en los años de ejercicio de la profesión.

Este material, está confeccionado conforme a los programas de proceso civil, principalmente de la Universidad de Las Américas. Pero se han tenido en cuenta, los programas vigentes de las Universidades: Nacional Andrés Bello, Miguel de Cervantes y Sek. En las cuales el autor, ha impartido el presente curso.

El apunte se seguirá actualizando a medida en que se imparta nuevamente el curso y se publicará en el sitio web www.ricardomarquez.cl. En caso de contener algún error, se pide que se señale escribiendo al correo rmarquez@ricardomarquez.cl.

Cada vez que se indique un artículo debe entenderse si no se señala el Código o ley, que la referencia es al Código de Procedimiento Civil.

Para la próxima edición del apunte se agregará las formas de valorar la prueba.

¹ Profesor Derecho Procesal Universidad de Las Américas, Universidad San Sebastián y Universidad Miguel de Cervantes.

I.- MEDIDAS PRECAUTORIAS O CAUTELARES (LIBRO II CPC ARTS. 290 Y SS. CPC).

1.- Introducción.

Primeramente, hablemos de la denominación de estas medidas.

Al respecto podemos decir que, las podemos llamar indistintamente “medidas cautelares” o “precautorias”; si bien, la denominación de medidas cautelares suele ser más moderna, la nomenclatura usada por nuestro Código de Procedimiento Civil, es la de medidas precautorias (el proyecto de nuevo Código Procesal Civil las denomina medidas cautelares arts. 171 y siguientes).

No obstante, lo anterior, modernamente toda la legislación procesal Chilena, toma la denominación para estas medidas de cautelares, comenzando con nuestro Código Procesal Penal.

Ahora bien, cabe hacernos la pregunta: ¿Qué son las medidas cautelares (o precautorias)?, y podemos decir que son *resoluciones judiciales, cuyo objetivo es el asegurar el resultado del proceso, ya sea, anticipando su resultado, ya sea asegurándolo o ya sea, manteniendo el statu quo² entre los litigantes*. Hacemos alusión a que las medidas cautelares son resoluciones judiciales, porque vienen a limitar, privar o al menos perturbar garantías constitucionales (en materia civil especialmente el derecho de dominio) y ello, como bien sabemos, no puede ser hecho sino mediante la resolución de un ente con jurisdicción.

En materia penal y de familia, existen las llamadas *Medidas de protección*, que son resoluciones incluso ordenadas por un ente administrativo, pero que no afectarían garantías constitucionales, como es el caso de las rondas periódicas de la policía, ordenadas por el Ministerio Público para proteger a una víctima.

Otra interrogante es plantearnos el porqué de las medidas cautelares. La existencia de dichas medidas se da por una razón muy sencilla, esto es, por la duración de los procesos (en este caso civiles). El problema se produce en que para la obtención de la sentencia definitiva y en estado de ser cumplida, puede pasar un tiempo suficientemente largo, como para que el proceso sea ineficiente, injusto y hasta perjudicial para quien ha recurrido a la justicia. En palabras del gran jurista italiano Giuseppe Chiovenda: *“la necesidad de servirse del proceso para obtener la razón, no*

² Literalmente “en el estado en que”. Termino que en derecho procesal viene a significar que el estado de cosas al tiempo del conflicto no sufra alteraciones mientras se ventila el proceso.

*debe perjudicar a quien tiene la razón*³. Por otra parte, el primer jurista contemporáneo que hizo un estudio sistemático de las medidas cautelares, Piero Calamandrei, señalaba: *“Las providencias cautelares representan una conciliación entre las dos exigencias, frecuentemente opuestas, de la justicia: la de celeridad y la de ponderación; entre hacer las cosas pronto pero mal, y hacerlas bien pero tarde... Como la medicina largamente elaborada para un enfermo que ha muerto*⁴.”

2.- Importancia.

De lo expuesto, resulta ya evidente la importancia de las medidas cautelares y de su estudio.

Las medidas cautelares tienden a tener un estudio bastante somero en pregrado, y menos que somero en el post grado. En Chile existen muy pocos textos que tratan sobre las medidas cautelares y de ellos se hablara a propósito de la bibliografía del curso.

Yendo a las medidas cautelares como materia de estudio, tenemos más que nada, como se dijo, una materia muy poco meditada en los cursos universitarios, por una razón que podemos empezar a avizorar. Resulta que las medidas cautelares, conjuntamente con la teoría de la prueba (que también goza del abandono de la cátedra), resultan ser materias esenciales al momento de ejercer la profesión (especialmente en materia civil). Como se ha dicho, se puede tener la razón y recurrir a la justicia y no obstante, verse perjudicado; incluso se puede ganar un juicio y perderlo al mismo tiempo ¿cómo es eso? Fácil, ganando el juicio, pero no tener bienes en que hacer efectiva la sentencia.

Con lo anterior, solo quiero recalcar la importancia de las medidas cautelares al momento de abordar la profesión y ejercer la abogacía. Esto lo podemos graficar con los siguientes ejemplos:

a) **Caso de los alimentos provisorios:** Imaginemos que no existieran medidas cautelares en derecho de familia, imaginemos que los alimentos a los menores solo se otorgaran con sentencia, y ella en estado de ejecutoriedad. Lo que pasaría, es que los menores, al menos perderían un año de educación por no contar con los recursos para la matrícula y la colegiatura, o no se cumpliría con la ley, que ordena que los alimentarios deben tener un nivel de vida acorde con el nivel de los padres.

b) **Que pasaría con un juicio civil:** Dicho juicio, arrastraría un determinado tiempo (5

³ G. Chiovenda, Istituzioni di Diritto Procesuale Civile, I, Napoli 1.935, p. 147.(citado Jordi Nieva Derecho Procesal II. Proceso Civil. Ed. Marcial Pons, 2.015, pag. 99.

⁴ Piero Calamandrei, Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares, Librería El Foro, 1.996, S.A., Buenos Aires, Argentina. pag. 43.

años un plazo normal). Luego de obtener sentencia ejecutoriada, el demandado, al ver que su postura jurídica no era muy sólida, optaría por la enajenación de su patrimonio.

En ambos casos, nos encontramos frente a situaciones en que es impensable no saber y haber estudiado en su caso este tema. De allí entonces la importancia de estas medidas cautelares, que muchas veces resultan ser más importantes en el desenvolvimiento y la resolución del proceso en sí.

3.- Nuevas tendencias.

Actualmente se habla del estudio de las medidas cautelares, denominándolas: *Tutela cautelar*.

Una corriente del derecho procesal, estima que esta rama del derecho tiene como objetivo, lograr la aplicación de la Constitución, lo que podríamos llamar “la constitucionalización” del derecho en general.

Ahora, en la llamada *Tutela cautelar*, vinculada a la tutela efectiva de los derechos, se explora lo señalado en párrafos anteriores, en que, quien recurre a la jurisdicción (el demandante), muchas veces se ve perjudicado por la variable “*tiempo*”. En el sentido que la duración de los procesos judiciales, no afectan de igual forma a los litigantes. Las dilaciones generalmente, producen efectos negativos en el actor, no así, en el demandado, y se ha avanzado para que esta variable *tiempo*, en palabras del jurista brasileño Daniel Mitidiero, se distribuya de forma isonómica (de igual forma) entre las partes.

Lo anterior significa que debe haber una forma en que la dilación de los procesos afecte por igual a las partes, sin que solo una de ellas deba soportar el peso del tiempo, es decir, sin que el demandante se vea perjudicado por la tardanza en obtener justicia. La respuesta de la doctrina procesalista, ha sido la llamada “*Anticipación de Tutela*” o “*Técnica Anticipatoria*”. Cuando nos referimos a estos temas, ya no estamos hablando propiamente tal de medidas cautelares, sino, de la posibilidad que el ordenamiento jurídico procesal le permita al Tribunal anticipar el resultado del juicio al demandante, no como una cautelar, sino que como una decisión de fondo, que será aprobada o rechazada en la sentencia definitiva. Todo esto como ya se dijo, es la manifestación de la Tutela Efectiva de los Derechos.

Lo reseñado, corresponde a un fenómeno antiguo en el derecho procesal, y solo modernamente ha tenido una preocupación sistemática. Incluso nuestro Código de Procedimiento Civil contiene una norma de *anticipación de tutela*, dicha norma es la del artículo 684, norma que será estudiada en su oportunidad.

4.- Características.

Varias son las características de las medidas cautelares, y las más clásicas son:

Provisionalidad: Resulta ser evidente que las medidas cautelares no pueden tener una duración superior a la resolución que clausura el proceso, en este caso, la sentencia definitiva ejecutoriada. Pero también están vinculadas a las situaciones fácticas y jurídicas que las justifican, así, en caso de que desaparezcan esas razones que les dan existencia, también deberían decaer y caer las medidas cautelares.

Lo anterior, implica que las medidas cautelares pueden extinguirse incluso antes de que se resuelva el proceso.

Instrumentalidad: Las medidas cautelares evidentemente son instrumentales al proceso. De hecho dentro de las definiciones clásicas, resalta aquella que dice que, dichas medidas buscan el asegurar el resultado del proceso.

Es decir, las medidas cautelares se van a decretar solo en cuanto sea estrictamente necesarias para obtener que a futuro se pueda cumplir la sentencia definitiva.

Lo anterior implica que las medidas cautelares también son accesorias a la providencia definitiva.

Proporcionalidad: Esta característica está vinculada a las anteriores, pues, la medida a decretar va a estar en íntima relación a lo que se pide o puede obtener como resultado en el proceso.

Por ello, para que se decrete la medida cautelar, ésta no podrá ser de una entidad superior a lo pedido o a lo que se pueda obtener. Esto implica que se debe tener siempre presente el daño que acarrea la obtención de la medida cautelar para el demandado.

En suma, una medida cautelar no puede ser desproporcionada en relación con la cuantía y el objeto del proceso.

Homogeneidad: Esta característica ha sido un poco abandonada, se planteaba que la medida cautelar no podía ser igual a lo disputado o pedido, es decir, no podía existir

identidad entre la medida cautelar y lo que se solicitaba como resultado del juicio, pues, si así fuere estaríamos frente a una anticipación del resultado del proceso.

Entonces la medida cautelar debía ser similar, más no igual a lo solicitado, ya que, se puede seguir mucho daño al tomar una decisión idéntica a la que se debe tomar con conocimiento de causa y con toda la actividad probatoria del pleito.

Como se ha dicho, esta característica ha sido abandonada por los juristas, ante la irrupción de la tutela anticipativa.

www.ricardomarquez.cl

5.- Clasificación.

Existe una variada clasificación respecto de las medidas cautelares, según varíe el criterio clasificador, podemos distinguir:

5.1.- Dependiendo de la etapa de avance del proceso en que se decretan, podemos tener:

a) Medidas cautelares prejudiciales: Sirven para preparar la entrada al juicio. Bajo esta circunstancia, podemos solicitar una medida cautelar o precautoria, esto es, antes de presentar la demanda.

b) Medidas cautelares judiciales: En el caso de estas cautelares, ya hay proceso y está presentada la demanda y notificada.

Tiene importancia esta clasificación, en cuanto, los requisitos que deben acreditarse ante el Juez para que se procedan a ellas, siendo, más exigentes los requisitos respecto de las medidas cautelares prejudiciales, por la falta de antecedentes que posee el Tribunal para decretarlas.

5.2.- Pueden haber medidas cautelares que la propia ley cree y regule, otras que sean creación en cierta medida del litigante, y en este caso se clasifican en:

a) Nominadas: Están nombradas y creadas en las leyes procesales y también reguladas.

b) Innominadas: Son creación de las partes para asegurar el resultado del juicio.

En estos casos, el artículo 290 del Código de Procedimiento civil, en adelante CPC, contiene un catálogo de medidas precautorias.

5.3.- El criterio clasificador puede provenir de la forma en cómo se va a asegurar el resultado del litigio:

a) Conservativas: Son aquellas medidas cautelares cuyo objetivo, va a estar encaminado a facilitar el resultado práctico de una futura ejecución forzada, impidiendo la dispersión

de bienes del patrimonio, es decir, manteniendo una situación existente al momento de iniciar el juicio. Por ejemplo:

- La prohibición de celebrar actos o contratos sobre determinados bienes.
- Secuestro de bien mueble.
- Retención de dineros.

b) Mantenimiento del statu quo: Se evita que una de las partes unilateralmente pueda poner término a un contrato o, que cambie en los hechos la situación existente antes del resultado del juicio, lo que provoca que la sentencia sea incumplible en la realidad. Por ejemplo: En el caso de un recurso de protección por la expulsión de un escolar. Se puede pedir orden de no innovar para que se mantenga el statu quo, y el estudiante se mantenga en el recinto educacional hasta que se falle el recurso.

c) Anticipativas: Carnelutti, las denomina proceso cautelar innovativo. Hoy se denomina *Tutela cautelar anticipativa*.

Se busca eliminar las peligrosas desigualdades entre los litigantes, vinculadas al factor tiempo (como se explicó a propósito de las nuevas tendencias).

Ejemplo de este tipo de medidas cautelares anticipativas, son los alimentos provisorios en el sistema de alimentos de la Ley n° 14.908.

6.- Presupuestos para que sean decretadas.

También modernamente se ha discutido acerca de los presupuestos o requisitos para que se proceda a decretar por parte del Tribunal una medida cautelar.

Los presupuestos de las medidas cautelares, son una materia sumamente importante en la práctica profesional –quizá la materia más trascendente-, acá vamos a reseñar que debe tener en mente el abogado para obtener una medida cautelar, ya sea, en cuanto a los hechos –prueba- y el derecho –argumentación-. Por otra parte, qué debe sopesar el Juez para conceder o denegar una cautelar.

Esta demás decir que, del éxito o del fracaso en la obtención de una medida cautelar, puede derivarse la duración e incluso el éxito de un proceso. Hay que tener

presente que las cosas no son fáciles para el demandante, pues, debe bregar por el inicio del proceso, argumentar, probar, obtener una sentencia favorable y luego hacer efectiva la sentencia; basta que el demandante fracase en una de estas menciones para que pierda el juicio. Incluso puede ser efectivo en todos los aspectos mencionados, pero como no aseguró el resultado del proceso, finalmente sucumbirá ante el peligro que se cierne sobre todo demandante, el peligro de infructuosidad (en caso de un juicio civil, peligro de no tener bienes en que ejecutar la sentencia).

A continuación haremos una reseña de los presupuestos clásicos de las medidas cautelares:

6.1.- La pendencia de un proceso: Para algunos, este no es un requisito, sino, más bien una obviedad. Pero resulta ser que no puede decretarse una medida cautelar sino dentro de un proceso o a propósito de un proceso (prejudiciales).

En el sistema Chileno, no puede existir una medida cautelar autónomamente sin que acceda en algún momento a un proceso, muestra de ello es el efecto que se sigue del hecho de no demandar dentro de plazo cuando se obtiene una medida precautoria prejudicial (art. 280).

6.2.- Situación jurídica cautelable y apariencia de buen derecho (fumus boni iuris⁵): La adopción de una medida cautelar no puede depender de que el demandante “acredite” la pretensión, ni tampoco el Juez adoptará dicha medida por el solo hecho que el actor lo pida. En un término medio y prudente, se encuentra este requisito –que modernamente podemos llamar *verosimilitud*.

Entonces el actor deberá realizar de todas formas, una actividad probatoria, aunque, mínima para hacer *verosímil* la pretensión del demandante; estamos hablando de acreditar una probabilidad alta que el demandante vaya a obtener lo solicitado. Quizás todo lo expuesto pueda quedar más claro con un ejemplo, y el más adecuado parece ser el de alimentos provisorios, en que, el actor deberá al menos acreditar el título que se invoca (dentro de la ley), para impetrar la manutención por parte del alimentante (acreditar que el alimentario es hijo del alimentante) y acreditar someramente sus necesidades (aunque incluso éstas se podrían presumir).

Lo anterior parece indicar que este requisito es esencial para que se decrete la

⁵ Humo de buen derecho.

medida cautelar, para algunos éste es el único requisito, los demás parecen demasiado débiles y muy difíciles de mensurar por el Tribunal, afectándole demasiados *sesgos cognitivos*⁶ al Tribunal al momento de valorarlos.

6.3.- Peligro por la mora procesal (periculum in mora): Este peligro se manifiesta en el daño dado por la dificultad o imposibilidad en la ejecución de la sentencia definitiva, lo que proviene del retardo en la obtención de la providencia definitiva. En otras palabras, el perjuicio derivado de lo prolongado del proceso.

Como hemos dicho, el tiempo es un factor que juega de diferentes maneras para el actor y para el demandado, en general, para el actor juega en contra. Mientras más demore un litigio, más daño se puede seguir para el demandante; en el caso del demandado es al revés, pues, éste mientras más tiempo pase, más posibilidades de adaptación a la situación final tendrá. Así, el demandado durante toda la secuela del proceso, en términos coloquiales, aprovechará los recursos que debieran ser del demandante.

Como se ha dicho, el daño puede ser directo o a futuro. Será directo en el caso de los juicios de alimentos en que de no obtener en el momento de la presentación de la demanda la manutención, se sigue daño, o puede ser futuro, como en el caso de infructuosidad en que el demandado a futuro pueda ya no tener un patrimonio para hacer frente al cumplimiento de la sentencia.

6.4.- Caución (contracautela): Este requisito tiene que ver con el perjuicio que puede acarrear la medida cautelar en la persona o patrimonio del demandado.

Hemos hablado hasta ahora de las consecuencias que tiene el tiempo en las partes, y la necesidad de asegurar el resultado del proceso para el demandante; pero, todo juicio contiene un alto componente de incertidumbre, el juicio se puede perder, una demanda que en un primer momento puede apreciarse muy justificada, incluso para que se decrete la correspondiente medida cautelar, con el avance del proceso puede desdibujarse e incluso mostrarse injustificada con la contestación de la demanda o con la rendición de la prueba. Dicha medida pudo haberse prolongado bastante tiempo y con el consiguiente perjuicio para el demandado.

⁶ Es un efecto psicológico que produce una desviación en el procesamiento mental, lo que lleva a una distorsión, juicio inexacto, interpretación ilógica, o lo que se llama en términos generales irracionalidad, que se da sobre la base de la interpretación de la información disponible, aunque los datos no sean lógicos o no estén relacionados entre sí.

Lo expresado con anterioridad, fundamenta este requisito de la caución o contracautela, que viene a cumplir con uno de los principios generales del derecho, que es, la responsabilidad.

Lo anterior, incluso sin llegar a plantear el fraude procesal en la obtención de la cautelar.

7.- Las medidas precautorias en el Código de Procedimiento Civil (Cautelares).

1.- Regulación.

Está en el libro primero del CPC, lo que implica que a falta de norma especial, se aplicaría esta regulación al resto de los procedimientos especiales y de cualquier materia.

También hay que tener presente que en la clasificaciones vistas, destacan las cautelares prejudiciales y las judiciales. Las primeras están tratadas en los artículos 279, 289 y 289 del CPC; las judiciales están reguladas en los artículos 290 y siguientes del CPC.

2.- Requisitos de procedencia.

2.1.- Fumus Boni Iuris (Verosimilitud).

Nuestro CPC contiene este requisito de verosimilitud, ya estudiado. Así:

a) El artículo 287 del CPC, exige: “Para decretar las medidas de que trata este Título, deberá el que las solicite, expresar **la acción que se propone deducir y someramente sus fundamentos.**” En este caso, éste requisito de verosimilitud, está dado para las medidas cautelares prejudiciales.

b) El artículo 298 del CPC, a propósito de las cautelares judiciales, señala: “Las medidas de que trata este Título se limitarán a los bienes necesarios para responder a los resultados del juicio; y para decretarlas **deberá el demandante acompañar comprobantes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se reclama.**”

Resulta evidente que el legislador estableció como requisito, acreditar la verosimilitud de la pretensión, y exigió acreditar ese *fumus boni iuris*, pero, con un grado probatorio de presunciones fundadas.

2.2.- Peligro en la demora.

Nuestro CPC también estableció este requisito en las siguientes normas:

a) **El artículo 279 inciso 1º:** A propósito de las medidas precautorias prejudiciales exige que: *“Podrán solicitarse como medidas prejudiciales las precautorias de que trata el Título V de este Libro, existiendo para ello motivos graves y calificados...”*

En este caso los motivos calificados indican que se deben acreditar los daños que se pueden seguir del no otorgamiento de la medida cautelar.

b) **El artículo 299 inciso 1º:** En este caso se trata de las medidas cautelares judiciales, indicando: *“En casos graves y urgentes podrán los tribunales conceder las medidas precautorias de que trata este Título, aun cuando falten los comprobantes requeridos, por un término que no exceda de diez días...”*

Acá, el peligro en la demora puede justificar que se conceda una medida cautelar judicial, sin los antecedentes probatorios, solo cuando sean casos *graves y urgentes*.

2.3.- Contracautela (Caución).

Este requisito de seriedad en la concesión de la cautelar, está tratado en los siguientes artículos del CPC:

a) **Artículo 279 n° 2:** *“Que se rinda fianza u otra garantía suficiente, a Juicio del tribunal, para responder por los perjuicios que se originen y multas que se impongan.”*

Entonces, en el caso de las medidas cautelares prejudiciales, resulta obligatorio este requisito de la cautela, siendo una de las diferencias más importantes con las medidas cautelares judiciales.

b) **Artículo 298 parte 2ª, señala:** *“Podrá también el tribunal, cuando lo estime necesario y no tratándose de medidas expresamente autorizadas por la ley, exigir caución al actor para responder de los perjuicios que se originen.”*

Esta norma se ha interpretado en el sentido que, tratándose de las medidas cautelares judiciales innominadas, es el Tribunal quien determinará éste requisito de la caución.

8.- Regulación de las medidas cautelares judiciales.

Lo que queremos tratar en este punto, es qué medidas menciona y a veces regula nuestro CPC.

Podemos indicar que, es en el artículo 290 del CPC donde se mencionan las medidas cautelares más importantes de nuestro derecho procesal civil.

No obstante lo anterior, existen otras medidas cautelares en otros textos, como en el Código Civil (art. 1.222) en el caso de la *guarda y aposición de sellos*.

Algunas de las cautelares reguladas son:

8.1.- Secuestro: Esta cautelar recae sobre bienes muebles y consiste en la entrega de aquella cosa disputada a un tercero o, a una de las partes del juicio, dejándola en custodia hasta el resultado del juicio. Esta medida tiene una finalidad conservativa, ya que mantiene íntegro el patrimonio.

8.2.- Nombramiento de uno o más interventores: Son personas nombradas por el tribunal para que observen y controlen la administración de una de las partes y de sus bienes y dé a conocerlas al tribunal.

8.3.- Retención de bienes (art 545 CPC): En un juicio por no pago de rentas. Se materializa esta medida a través de una resolución del tribunal, que encarga a un ministro de fe, la realización de un inventario de los bienes del deudor (demandado) y, produce el efecto que el demandado no puede sustraer sus bienes hasta el término del juicio, quedando dichos bienes, como garantía del resultado del proceso.

8.4.- La prohibición de celebrar actos o contratos sobre determinados bienes: Recae sobre bienes inmuebles y sobre muebles que estén sometidos a un sistema registral. La sanción para este caso, es la nulidad absoluta, debido a que el acto o contrato adolecería de objeto ilícito (art 296 inc. final)

Todos sabemos que el primer paso para enajenar, es ejecutar un acto jurídico (art 1464 n°4 CC). Acá el acto jurídico sobre el bien determinado es prohibido, quedando el bien inenajenable.

Tratándose de un bien inmueble, se inscribe en un registro especial del Conservador de

Bienes Raíces respectivo, sujeto a resultado del juicio, acá incluso el tercero que de buena fe contrate con el demandado, no adquiere el dominio.

Tratándose de un bien mueble, se adquiere el dominio estando de buena fe, es decir, sin que conozca del gravamen; salvo que el mueble esté en un sistema registral, ejemplo, un automóvil.

9.1- Tramitación de medidas cautelares (incidentes).

La tramitación de las medidas cautelares se encuentra en el artículo 302 del CPC, siendo los puntos más importantes los siguientes:

- a) Se tramitan según las reglas de los incidentes generales.
- b) Se tramitan por cuerda o cuaderno separado (para evitar el retraso del juicio).
- c) Por razones graves, se puede decretar la medida cautelar sin dar traslado a la contraria.
- d) En el caso anterior, se debe notificar la resolución que da lugar a la cautelar dentro del plazo de cinco días y por cédula (se puede ampliar dicho plazo).
- e) En caso de no proceder a notificar al demandado, la cautelar puede quedar sin efecto.
- f) La resolución que resuelve una medida cautelar es un auto.

9.2- Reiteración de las medidas cautelares en la demanda y presunción de derecho de dolo (art. 280).

En el caso de las medidas cautelares prejudiciales, existen dos cargas procesales que cumplir, so pena, que dichas medidas queden sin efecto de pleno derecho. Las cargas procesales son:

- a) Demandar dentro del plazo de 10 días, ampliables a 30 días como máximo.
- b) En el escrito que contiene la demanda se debe pedir que se mantengan dichas medidas como judiciales.

La sanción frente a los incumplimientos, es que, por un lado la medida prejudicial cautelar, quedará, como se dijo sin efecto a petición de parte e incluso de

oficio; pero lo más grave es que el procedimiento cautelar se presumirá doloso⁷.

10.- Las medidas cautelares en el proyecto de Código Procesal Civil.

El proyecto de Código Procesal Civil regula de manera más sistemática, moderna y con más detalle las medidas cautelares, que como estaban en el CPC. En este caso, se le da una nomenclatura moderna a estas medidas, denominándolas cautelares.

La regulación está dada en seis párrafos, en que, el último se refiere al derecho legal de retención.

El artículo 171 y siguientes, trata de las reglas generales, definiéndolas, dando su ámbito de aplicación, legitimación, características, presupuestos, la sustitución (materia no tratada en el CPC); etc.

En los artículos 180 y siguientes se analizan los presupuestos generales en donde se denomina al *fumus boni iuris* como verosimilitud y también menciona el peligro de la demora.

En los artículos 182 y siguientes, trata de las cautelares conservativas e innovativas.

En los artículos 190 y siguientes, regula la competencia y el procedimiento, destacando la tramitación de ellas fuera y dentro de audiencias, siempre con las reglas de los incidentes.

En los artículos 195 y siguientes: “*De las medidas prejudiciales cautelares.*”

En los artículos 198 y siguientes, se regula el derecho legal de retención.

⁷ Artículo 280 inciso 2° CPC.

II.- LOS PROCEDIMIENTOS CIVILES DECLARATIVOS:

1.- El Juicio Ordinario Civil de Mayor Cuantía (arts. 253-433 CPC).

1.1.- Introducción.

Previo al análisis de este procedimiento es bueno acercarnos a estos conceptos:

Proceso: Modo de solucionar conflictos de intereses de relevancia jurídica, mediante un tercero imparcial, denominado Juez o Tribunal (depositario de la soberanía nacional) y con efecto de cosa juzgada.

Procedimiento: Conjunto de reglas anticipadas, establecidas generalmente en la ley, por las cuales se lleva a cabo o se desenvuelve un proceso.

Fuentes de los procedimientos: Se encuentran en la constitución a propósito de las garantías del debido proceso (art. 19 n° 3 inc. 5). Dicha norma nos indica que las garantías del debido proceso están en la ley, que debe crear procedimientos racionales y justos.

Por otra parte, el artículo 63 indica las materias de ley, en el n° 3 señala: “3) Las que son objeto de codificación, sea civil, comercial, procesal, penal u otra;” entonces resulta que los procedimientos, al ser una materia procesal, es una materia de ley.

Demás está decir que el procedimiento que pasaremos a estudiar, resulta ser un instituto procesal sumamente anquilosado, arcaico, que hunde sus raíces en la edad media europea y que desde comienzos del S. XX ha sido reemplazado por

procedimientos orales. En España, recién el 07 de enero del año 2.000 se publicó la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, que comenzó a regir el 08 de enero de 2.001.

En Chile, actualmente hay un proyecto de ley de Código Procesal Civil que data del año 2.014 (último proyecto). Dicho proyecto tiene como modelo el procedimiento penal, y será tratado en clases de manera somera y comparando nuestro actual código.

1.2.- Importancia y Características.

La importancia del procedimiento civil ordinario de mayor cuantía (desde ahora procedimiento ordinario), radica, en que, al ser el procedimiento de normativa más detallada, se convierte en el procedimiento supletorio de cualquier otro, sin importar la materia. Así aparece textual en el artículo 3° del CPC: *“Se aplicará el procedimiento ordinario en todas las gestiones, trámites y actuaciones que no estén sometidos a una regla especial diversa, cualquiera que sea su naturaleza.”*

En cuanto a las características:

- 1.- Su regulación está en el libro II del CPC.
- 2.- Es un procedimiento esencialmente escrito, pues, si existen actuaciones orales hay que dejar constancia de ellas en un acta (principio de protocolización).
- 3.- Es un procedimiento ordinario, es decir, aplicable para la generalidad de conflictos civiles.
- 4.- Si bien, es un procedimiento ordinario, tiene una limitación que es la cuantía, esto significa que se aplica a conflictos que tengan una cuantía superior a 500 UTM⁸.
- 5.- Es un procedimiento normalmente declarativo, se busca reconocer un derecho negado o desconocido.
- 6.- Procede el recurso de apelación de manera general.
- 7.- Los medios de prueba, son solo los establecidos en la ley.
- 8.- La valoración está establecida en la ley.

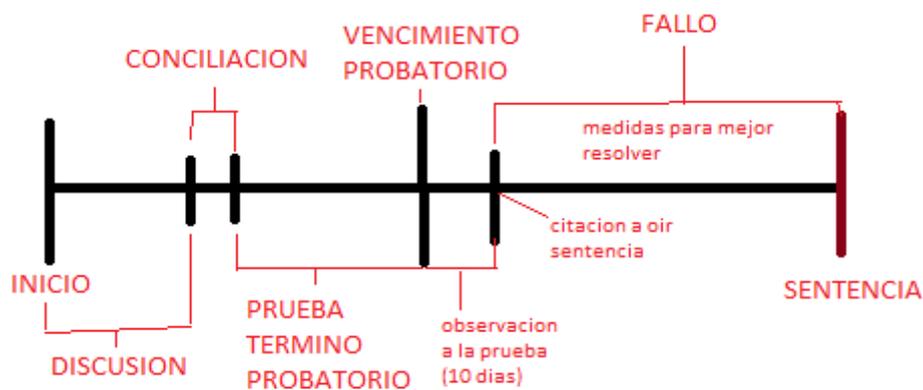
⁸ La UTM (Unidad Tributaria Mensual) de abril de 2.019 equivale a \$48.353.

1.3.- Etapas del procedimiento ordinario.

A continuación veremos dos esquemas que muestran la estructura del procedimiento ordinario.

El primer esquema es un gráfico que muestra el desarrollo del juicio ordinario y, el segundo esquema muestra la totalidad de los trámites de dicho juicio.

Estructura del Juicio Ordinario (Esquema nº 1).



Los Trámites del Juicio Ordinario (Esquema nº 2).

1.- Las etapas de todo proceso o juicio son:

- Discusión.
- Prueba.
- Decisión.
- La etapa recursal es potencial.

2.- El juicio ordinario tiene los siguientes trámites:

a) En la discusión:

- a.1.- Todo juicio comienza por medida prejudicial o demanda.
- a.2.- Luego viene la interposición de excepciones dilatorias o la contestación de la demanda (reconvención).
- a.3.- Réplica (por parte del demandante).
- a.4.- Dúplica (por parte del demandado).
- a.5.- Conciliación (algunos, no sitúan la conciliación en esta etapa).

b) La prueba:

- b.1.- Término probatorio de 20 día hábiles.
- b.2.- Observaciones a la prueba (10 días hábiles).

c) Decisión:

- c.1.- Citación a oír sentencia.
- c.2.- Medidas para mejor resolver (si es que se decretan).
- c.3.- Fallo (60 días desde la citación a oír sentencia).

1.4.- La discusión:

La etapa de discusión en el juicio ordinario, consta de los trámites reseñados en el esquema n° 2.

La etapa de discusión, es aquella en la cual las partes dan a conocer sus versiones particulares y *parciales* del conflicto al Tribunal.

Como ya hemos visto, en el curso anterior (disposiciones comunes), los trámites de la discusión deben ser realizados en etapas sucesivas regladas por plazos fatales. Dichas etapas están en la ley, rigiendo a este respecto al llamado orden consecutivo legal.

Dentro de la etapa de discusión tenemos una sub etapa llamada *Inicio*.

a) Inicio.

Como se dijo con anterioridad, la etapa de discusión debe iniciarse mediante el impulso procesal de una de las partes, en este caso, el demandante, a través de una medida prejudicial o directamente mediante la demanda. En este caso, estamos frente al ejercicio de la acción procesal.

Cabe hacer presente que en el proceso civil rige plenamente el aforismo *Nemo*

*iudex sine actore ne procedat ex officio*⁹.

Como ya hemos tratado el tema de las medidas prejudiciales (precautorias), veremos cómo se inicia un proceso mediante la demanda.

La demanda podemos definirla como: La presentación formal que el actor hace ante el tribunal, para que éste se pronuncie sobre las acciones sometidas a su conocimiento (Darío Benavente).

Es un acto procesal inductivo de instancia, en virtud del cual el actor somete su pretensión al juez, en las formas requeridas por la ley pidiendo una sentencia favorable a sus intereses. (Eduardo Couture).

Es un escrito el cual contiene el ejercicio de la acción (preferentemente) y pretensión procesal presentada ante un tribunal, cuyo objetivo será en primer lugar, la apertura de un proceso y en segundo lugar, la aceptación de la pretensión procesal.

Acto jurídico procesal, que por regla general, da inicio al proceso y que contiene en sí la acción y pretensión procesal.

Todas las definiciones son correctas, solo, que vistas desde perspectivas diferentes.

Así podemos decir, que la demanda es un escrito judicial formal, es decir, con requisitos establecidos en la ley. Por otra parte, la demanda es un acto jurídico procesal de parte activa e inductiva de instancia, sea la primera o única instancia.

Por último, la demanda a veces, es la forma en que se ejerce la acción procesal, pero, otras veces no, cuando el juicio comienza por una medida prejudicial. Eso sí, siempre se ejercerá la pretensión, a través de la demanda.

Requisitos de la demanda.

Nuestro Código de Procedimiento Civil, regula los requisitos de la demanda, así, el artículo 254 señala: “La demanda debe contener:

- 1°. La designación del tribunal ante quien se entabla;
- 2°. El nombre, domicilio y profesión u oficio del demandante y de las personas que lo

⁹ No hay juicio sin actor, ni el juez puede iniciarlo de oficio.

representen, y la naturaleza de la representación;

3°. El nombre, domicilio y profesión u oficio del demandado;

4°. La exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho en que se apoya; y

5°. La enunciación precisa y clara, consignada en la conclusión de las peticiones que se sometan al fallo del tribunal.”

De lo expuesto, queda clarísimo, que es, bastante sencillo redactar una demanda siguiendo los lineamientos del Código. Ahora bien, si analizamos los numerales del artículo 254, podemos darnos cuenta de lo siguiente:

a) Los primeros tres números del artículo 254 del CPC, se referirían más que nada a los requisitos de la acción procesal, pues, el Juez Civil puede controlarlos de oficio y no dar por abierto un proceso. Esto por lo dispuesto en el art. 256 del CPC, que señala: *“Puede el juez de oficio no dar curso a la demanda que no contenga las indicaciones ordenadas en los tres primeros números del artículo 254, expresando el defecto de que adolece.”*

b) En cambio, los numerales 4 y 5 del artículo 254 del CPC, son de control del demandado, no pudiendo ser revisados por el Juez Civil (a priori). Entonces, tenemos que estos requisitos más bien se referirían a la pretensión procesal.

La revisión que se pueden hacer de la pretensión procesal por el demandado, será tratado a propósito de las defensas llamadas excepciones dilatorias, pero, ello en cuanto a la forma de proponer la pretensión procesal, porque realmente la pretensión procesal es resuelta en la sentencia definitiva.

Análisis de cada uno de los requisitos de la demanda.

Nº1: *“La designación del tribunal ante quien se entabla;”* éste requisito es bastante sencillo, basta, solo identificar el Tribunal, por ejemplo con sus siglas. Si se va a dirigir una demanda ante un Juzgado Civil, bastará señalar: “S. J. L. En Lo Civil”. Esto significa Señor Juez de Letras en Lo Civil. Si deseamos presentar una demanda ante la justicia Criminal, podremos encabezar el escrito con un: “S. J. de Garantía”; etc.

Nº 2: *“El nombre, domicilio y profesión u oficio del demandante y de las personas que lo representen, y la naturaleza de la representación;”* tratándose de este requisito, se

exige la mayor determinación de la persona demandante, por lo que debemos indicar todos sus nombres y ambos apellidos. En cuanto al domicilio, obviamente también debe ser exacto, con indicación de la comuna y región.

La profesión y el oficio también debe ser indicado, aunque, generalmente bastará con la denominación de empleado si se trata de una persona sometida a un régimen laboral y en caso de no saberlo, basta con decir: “desconozco”.

Cabe señalar, que en los casos en que el demandante es una persona jurídica, se debe indicar el giro de la sociedad e individualizar al representante de la persona jurídica, de la misma forma que al demandante.

Por último, en cuanto a la naturaleza de la representación, en el caso de las personas jurídicas y de los menores, estaremos refiriéndonos a una representación legal. En el caso de la representación de personas naturales capaces, la naturaleza de la representación será convencional (lo que se denomina personería).

Nº 3: *“El nombre, domicilio y profesión u oficio del demandado;”* Respecto de este requisito, se puede decir exactamente lo mismo del numeral anterior, incluso, si la demanda es en contra de una persona jurídica, debemos individualizar a su representante. Un punto importante para determinar quien representa a una persona jurídica, aparece mencionado en el artículo 8 del CPC, que establece una norma para no tener dudas al momento de redactar y notificar una demanda y saber quién representa a la persona jurídica. En el caso de las sociedades civiles, para que no haya dudas, ésta regla nos dice, que cualquier persona que tenga la calidad de gerente las representa. No obstante lo anterior, los registros de comercio tienen un registro público con los representantes de la mayoría de las sociedades.

El Código del Trabajo y la ley del Consumidor, son más laxas en cuanto a quien representaría al empleador y al proveedor¹⁰.

Nº 4: *“La exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho en que se apoya; y”*. Resulta que este requisito pareciera que no necesita mucha explicación, pero, es el requisito que más genera problemas en la práctica, la razón es la escasa preparación de los futuros abogados en la redacción de documentos jurídicos (no solo demandas). Los futuros abogados, deben saber que el documento que se redacta debe ser leído

¹⁰ Ver artículo el art. 4º del Código del Trabajo y el art. 50 d) Ley del Consumidor.

(parece una perogrullada), pero en este sentido, la demanda en lo relativo a los hechos, debe contener un relato ordenado, sucinto y fácilmente entendible (debemos pensar que el tiempo judicial es escaso), incluso deberíamos ser amenos en el relato de los hechos (esto desde un punto de vista de la litigación); pero, no nos desviemos del tema. La demanda debe ser lógica y estructurada en los hechos de manera que aparezca casi naturalmente la solución jurídica, que es aportada por el demandante.

El derecho o los fundamentos jurídicos, deben aparecer de manera también clara y concisa, pero, obviamente explicando la atinencia de cada norma y, como la ley u otra fuente del derecho soluciona el conflicto.

Parece evidente, que aunque el derecho esté equivocado, se cumple con la fundamentación, pero, uno podría decir que como en definitiva *el Juez es quien conoce el derecho*¹¹ incluso podría no estar fundada la demanda en él.

Nº 5: *“La enunciación precisa y clara, consignada en la conclusión de las peticiones que se sometan al fallo del tribunal.”* Esta es una de las partes más simples y más importantes de la demanda, en donde se debe poner la mayor atención. Esta parte de la demanda le dará competencia al Juez Civil para resolver el conflicto, por lo que se debe tener muy claro lo que se pide y, que sea concordante con la parte de fundamentación de la demanda.

Peticiones incompatibles, pueden hacer zozobrar la demanda más fundada. Peticiones equivocadas, pueden hacer perder un juicio al litigante que tenía la razón, pero, por la impericia de su abogado deberá perder una oportunidad de obtener justicia. De todo esto se conversará en clases.

Para las peticiones incompatibles, el Código tiene la solución. Hay veces en que existen derechos que no se pueden ejercer simultáneamente y podrían solucionar el conflicto a favor del demandante, la solución está en el artículo 17 del CPC, que manda que dichas peticiones se hagan una en subsidio de la otra.

Para terminar este punto, como consejo, se debe evitar trabajar sobre modelos sin pensar en lo que se escribe, esto, seguramente solo produce engendros que nadie entiende y, lo que es peor, escritos judiciales contradictorios o erróneos, cuyo destino debe ser un NO HA LUGAR A LA DEMANDA.

¹¹ Iura Novit Curia.

Importancia de la demanda.

Es el escrito más importante del proceso civil, es el documento que va afijar la posición fáctica y jurídica del demandante, pues, como veremos luego, el otro escrito del demandante de la etapa de discusión, que es la réplica, solo viene a acotar su posición jurídica, más no a cambiarla. Huelga decir, que hay que tener bastante cuidado en su redacción.

Algunos han mencionado que existe una etapa preprocesal, que sería una etapa de investigación en el proceso civil, en donde, el abogado se dedicará a conocer al detalle los hechos del conflicto, recabar la prueba para acreditar los hechos del proceso y a investigar la solución jurídica más beneficiosa para su representado. La labor del estudio de la solución jurídica, se realiza de manera reflexiva, solitaria, y luego discutida con colegas del estudio jurídico al cual el profesional se encuentra adscrito, porque, si bien el estudio del derecho se puede realizar en solitario, la profesión de abogado resulta ser esencialmente gregaria.

La actividad probatoria, en cambio, se realizará con una o varias entrevistas con el cliente y, con la correspondiente actividad investigativa del abogado, que una vez relatado los hechos por parte del futuro demandante, el profesional deberá exigirle los medios de prueba para acreditar las proposiciones fácticas que se describirán en la demanda.

¿Facultad de demandar?

Demandar es un derecho y también podríamos decir que es una carga procesal. Es un derecho conforme lo establece la Constitución en el artículo 19 n° 4 y artículo 76. Pero también, podríamos decir, que es una carga procesal, en la medida, que es una actividad que debemos realizar para que nos sean reconocidos y tutelados nuestros derechos subjetivos negados o vulnerados.

Hay ciertos casos tratados por los manuales del área, como: “la obligación de

demandar”, aunque lo cierto, se trata de casos en que el derecho a demandar se pierde ante situaciones regladas en la ley.

¿Obligación de demandar?

A continuación, veremos casos en que la ley sanciona al futuro demandante, en caso de no ejercer su acción. La sanción será la pérdida de la posibilidad de demandar, si no se realiza en un determinado momento.

a) **Las medidas precautorias prejudiciales** (art 280 CPC). Este primer caso, no es el caso en que el futuro demandante pierde su derecho a accionar; sino que al haber conseguido una medida prejudicial precautoria y no ejercer su demanda en el plazo de 10 y hasta 30 días, la medida precautoria quedará sin efecto, el procedimiento se presumirá doloso y deberá indemnizar perjuicios. Por lo visto, acá estamos frente a un incentivo bastante poderoso para ejercer la acción pertinente. Más no una obligación de demandar.

b) **La Jactancia** (art. 269 CPC). Nos encontramos ante otro caso de “incentivo” a la demanda. Este procedimiento se utiliza para presionar a una persona que dice tener un derecho, a ejercerlo en determinado plazo, so pena, de no poder ejercerlo luego de ese plazo. Este mecanismo es muy usado por los deudores para “limpiar” sus antecedentes comerciales frente a acreedores que intentan cobrar por vías extrajudiciales, deudas en general prescritas.

La acción de jactancia se inicia mediante una demanda notificada al presunto acreedor, haciendo ver que deberá ejercer su acción de cobro en el plazo que le estipule el Juez (10 días), como ya se dijo, so pena, de prohibirse su ejercicio a posteriori.

c) **La reserva de acciones o excepciones en el juicio ejecutivo** (art. 474 CPC). Acá estamos frente al tema de la cosa juzgada en el juicio ejecutivo. La pregunta es: si la cosa juzgada que emana del juicio ejecutivo, ¿alcanza a un juicio declarativo? En estos casos, estamos frente a la situación que el ejecutante o ejecutado que puedan perder un juicio ejecutivo, puedan ejercer su acción o excepción en un posterior juicio declarativo, se podrá hacer, siempre y cuando reserven su acción o excepción y presenten su demanda en el plazo establecido por la ley (15 días). Una vez más estamos frente a un incentivo para demandar, más, no una obligación a hacerlo.

d) **La adhesión a la demanda** (art. 21 CPC). Es el caso en que un demandado pueda tener potencialmente más demandantes que sigan acciones en su contra y, quiera que todos ellos lo demanden en el mismo proceso. Tiene el derecho de poner en conocimiento una demanda, para que los demás (futuros demandantes) se adhieran a ella (en el término de emplazamiento), so pena, de afectarles el resultado del proceso.

Una vez más, no estamos frente a una supuesta demanda obligatoria.

En suma, el acto de demandar es voluntario.

Los efectos de la demanda.

Podemos reducir los efectos que produce la interposición de la demanda en los siguientes puntos:

- 1.- Se abre la instancia.
- 2.- Con la interposición de la demanda, nace la obligación del tribunal de ejercer su jurisdicción (art. 76 inc. 2º CPR).
- 3.- Con la presentación de la demanda, el Tribunal podrá ejercer la facultad del art. 256 del CPC., para no darle curso.
- 4.- El demandante puede prorrogar tácitamente la competencia relativa (art. 287 COT).
- 5.- Con la presentación, se determina la extensión del conflicto (competencia específica).
- 6.- Potencialmente puede producirse litispendencia.
- 7.- Muchas veces con la interposición de la demanda, se van a producir efectos jurídicos contra el demandado, en los casos de precautorias o cautelares anticipativas.
- 8.- En materia laboral. Los conflictos deben resolverse rápido; existe un plazo para interponer demanda (60 días) desde el término de los servicios, si no se presenta la demanda, ésta caduca. Entonces la presentación de la demanda, interrumpe la caducidad de la misma.

La modificación de la demanda (art. 148 CPC).

La actividad profesional, muchas veces exige rapidez y poco tiempo para la reflexión, por ello, resulta importante saber hasta cuándo se puede modificar una

demanda, que por la ansiedad del cliente o, por la cercanía de una prescripción, fue redactada de manera rápida y obviamente no con la prolijidad que merece el escrito más trascendente del proceso.

Para ello debemos distinguir (3) momentos:

1.- **Antes que la demanda sea notificada.** En este momento, el demandante es dueño absoluto de la demanda, puede hacer lo que quiera (retirla, ampliarla, reducirla; etc.), y sin ninguna consecuencia.

2.- **Una vez notificada la demanda, pero antes de ser contestada.** En este lapso, el demandante le puede hacer cambios al libelo (demanda), pero, dichos cambios serán considerados como una nueva demanda, por lo que para producir efectos, deben ser notificadas dichas modificaciones. Eso sí, en este estado si se retira la demanda, significará un desistimiento de la misma, lo que provocará la pérdida del derecho solicitado en la misma, con efecto de cosa juzgada.

3.- **Una vez que la demanda ha sido contestada,** es decir, cuando se encuentra *trabada la litis*, el demandante, si bien, es libre de retirar la demanda, ya no podrá modificarla. El Juez le dará un tratamiento incidental a dicho retiro y, decidirá si se tiene por retirada o no. Es decir una vez contestada la demanda, el Juez decide si se sigue adelante con el juicio o no.

Contestada la demanda, no se puede modificar. Como se verá más adelante, la réplica no puede alterar los fundamentos de la demanda.

Contenido adicional de la demanda.

La demanda no solo debe contener los requisitos del artículo 254 del CPC, sino, que otros requisitos establecidos en la ley e incluso en algunos autos acordados que hoy en día registran el nombre de actas.

1.- Requisitos comunes a todo escrito (art. 30 CPC y Ley 18.120).

a) **Suma:** Todo escrito debe encabezarse con una suma o resumen del asunto de que se trata. Cada vez que vemos un escrito, podemos ver que tiene una estructura especial y

consta de tres partes muy bien reconocibles:

a.1.- La suma: Respecto de ella, algo ya se ha mencionado, que consiste en un resumen del contenido de la presentación, resumen, que debe ser bastante conciso y que dé cuenta del total contenido de la presentación, ya que, un escrito puede tener varias peticiones o asuntos. De hecho, basta solo ver una demanda, para que podamos apreciar varias peticiones o asuntos a resolver por el Tribunal. Podremos revisar varias sumas de escritos en clases.

a.2.- El cuerpo del escrito: Corresponde a la parte del relato de los fundamentos de hecho y de derecho de la petición presentada en el escrito. El caso más paradigmático es una demanda, en que, podremos ver que el cuerpo del escrito está fundamentalmente compuesto por los fundamentos de hecho y derecho de la misma.

a.3.- La petición: Esta parte de todo escrito, se encuentra resumida en el final de cualquier escrito y, está antecedida por las palabras: POR TANTO:. Una petición debe ser concreta y precisa, como por ejemplo: “A SS. pido que se conceda el total de la demanda, con costas; etc.

Esto también será analizado en clases.

La importancia de la parte petitoria, por ejemplo, de la demanda, está, en que, con ella se le está asignando competencia al Tribunal para que resuelva el asunto.

b) La presuma: Este componente de toda demanda, se encuentra normada en el auto acordado de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago de 19 de diciembre de 1.988. Dicho auto acordado crea la llamada *presuma*, que es, una serie de antecedentes que hay que incorporar en el escrito de la demanda, para efectos de su distribución en los 30 Juzgados Civiles de Santiago. Dicha presuma, debe contener la individualización de las partes, abogados patrocinantes y apoderados, más el procedimiento de que se trate y la materia. Actualmente con la entrada en vigencia de la ley sobre Tramitación Electrónica, dichos datos van incorporados en el ingreso electrónico de la demanda, por

lo que actualmente la presuma ha perdido su importancia, sin embargo, de todas formas se sigue incorporando la presuma a cualquier demanda.

c) El patrocinio y el mandato judicial: La ley sobre Comparecencia en Juicio, n° 18.120 obliga a comparecer en cualquier juicio con el patrocinio de abogado habilitado para el ejercicio de la profesión y, mandatario judicial.

Actualmente, el mandato judicial y el patrocinio, en cuanto, a su constitución, han sido modificados por la ley Sobre Tramitación Electrónica (20.886). Como ya se ha visto en el curso pasado, basta que el abogado firme, con su firma electrónica avanzada un escrito, para que el Tribunal mediante sus registros, constate la profesión de abogado.

La constitución del mandato judicial y del patrocinio, será una de las menciones del escrito de demanda. En un otrosí de la presentación, como veremos en clases.

Como vimos en el curso pasado, hay excepciones que dan diferentes leyes, en cuanto a la comparecencia. Se puede comparecer personalmente:

- a) En los procedimientos ante los Jueces de Policía Local, cuando la cuantía no exceda de 4 UTM.
- b) Lo mismo señala la Ley 18.101, Sobre Arriendos de Predios Urbanos.
- c) Ahora la Ley del Consumidor permite la comparecencia personal sin el límite anterior, solo se vuelve a la regla general en las demandas colectivas.
- d) **Los documentos fundantes:** Actualmente no es necesario acompañar documentos fundantes en la demanda, aunque, no está prohibido y como veremos, la impugnación de éstos se hace en la contestación de la demanda.

No obstante lo anterior, en materia de Familia, si es necesario acompañar en algunas oportunidades documentos fundantes (art. 57 inciso 2° Ley Sobre Tribunales

de Familia). Estos son los casos de mediación previa y de acuerdo completo y suficiente para los divorcios solicitados por cese de convivencia, pero de común acuerdo.

En materia laboral, es obligatorio para el procedimiento monitorio acompañar el acta administrativa ante la Inspección del Trabajo (arts. 497 y 498 del Código del Trabajo).

Primera providencia.

Respecto de la demanda, si el Juez Civil la somete a tramitación, esto es, si es que cumple con todos los requisitos de admisibilidad ya vistos; la primera resolución dirá: “traslado”.

Puede ser también una resolución más compleja como: *“Téngase por interpuesta demanda en procedimiento ordinario de mayor cuantía, traslado”*.

Dicha resolución, como hemos visto en el curso pasado, tiene como naturaleza jurídica, el ser una decreto, providencia o proveído.

La notificación de la demanda.

Como vimos en el curso pasado, una de las resoluciones que se notifica personalmente, es la resolución que se pronuncia sobre la demanda y la demanda.

Ahora, lo anterior, no es tan cierto, pues, la demanda y su resolución se notifica personalmente, no por ser la demanda, sino, porque la mayoría de las veces estamos hablando de la primera gestión en juicio.

Por ello, podemos decir, que la demanda y su resolución se pueden notificar:

a) Personalmente cuando es la primera gestión en juicio (art. 40 CPC).

- b) En caso de no poder notificar personalmente la demanda (que es la primera gestión en juicio), se puede notificar mediante el artículo 44 del CPC (personal subsidiaria).
- c) Si no es la primera gestión en juicio, porque, la primera gestión por ejemplo fue una medida precautoria prejudicial, puede notificarse por cédula.
- d) Por último en caso, de no poder ubicar el domicilio del demandado, es posible notificar por avisos la demanda (art. 54 CPC).

El término de emplazamiento.

Con la notificación de la demanda se comienza a contar el plazo para contestarla. Desde el punto de vista procesal, se abre lo que se denomina, el término de emplazamiento, que es la forma de como el sujeto pasivo (demandado) se introduce al proceso.

Así, el emplazamiento, está conformado por dos elementos:

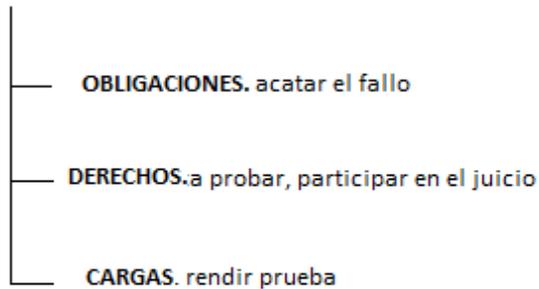
- a) La notificación válida de la demanda;
- b) Y el transcurso del tiempo (del plazo dado por la ley para contestar la demanda). Denominado término de emplazamiento.

Características del emplazamiento.

- a) Es un plazo legal (art. 258 CPC).
- b) Es fatal (art. 64 CPC).
- c) Es un plazo de días hábiles (art. 66 CPC).
- d) Es un plazo común (se comienza a contar desde la notificación al último de los demandados, art. 260 CPC).
- e) El emplazamiento es esencial para que se trabaje la litis.
- f) El emplazamiento resulta ser esencial para que se prorrogue tácitamente la competencia relativa.

Efectos del término de emplazamiento.

Nace la relación procesal múltiple, por tanto, el demandante como el demandado se encuentran introducidos en un proceso. Así, nacen derechos, cargas y obligaciones para demandado y demandante.



Se cumple con uno de los principios del debido proceso, en éste caso, con la bilateralidad de la audiencia.

Plazo para contestar una demanda (arts. 259, 259 y 260).

El plazo para contestar una demanda, es un plazo común y no es único. El plazo va a depender del lugar en que sea notificado el demandado, así, podemos distinguir tres plazos:

- Si el demandado es notificado dentro de la comuna en que funciona el Tribunal, el plazo será de 15 días hábiles.
- Si el demandado es notificado dentro del territorio de competencia del Tribunal, pero fuera de la comuna en donde funciona (tiene asiento el Tribunal), el plazo será de 18 días.
- Si el demandado es notificado fuera del territorio de competencia del Tribunal, el plazo será de 18 días hábiles, más el aumento de la tabla de emplazamiento¹².

Ampliación especial del término de emplazamiento (260).

Existe una ampliación especial del término para contestar una demanda, éste se

¹² La tabla de emplazamiento es un documento que contiene el aumento en el término de emplazamiento para contestar las demandas, ampliar el término probatorio, etc. que se hace conforme a las facilidades en el desplazamiento que hay en

da, en los casos en que existe una cantidad considerable de demandantes. En este caso del artículo 260 inciso 2º CPC, aumenta en un día, por cada tres demandantes que excedan de diez. Así, si existieren trece demandantes, el plazo es de un día más (aplicando las reglas generales).

Por ejemplo, si tenemos 16 demandantes y un demandado que es notificado dentro del territorio de competencia del Tribunal, pero fuera de la comuna, el plazo será de 20 días hábiles (dos días de aumento).

El límite a este aumento es de 30 días hábiles.

Incompetencia relativa y término de emplazamiento.

Siempre que sea notificado fuera del territorio de competencia del Tribunal, como demandado, puedo hacer varias cosas:

- a) Presentar una defensa alegando la incompetencia relativa.
- b) Contestar la demanda, con lo que estoy prorrogando la competencia relativa, de forma tácita.

Ahora bien, puedo contestar o excepcionar en el Tribunal exhortado o en el exhortante (tendré plazos diferentes).

Las actitudes del demandado, frente a la notificación de la demanda.

El demandado puede adoptar varias conductas frente a la notificación de la demanda. Todo dependerá de la forma de defensa que quiera adoptar el demandado.

Entonces, el demandado, puede:

A-DEFENDERSE: El demandado puede defenderse de varias formas, pues, la defensa no se agota solamente en la contestación de la demanda. Veremos que la forma, en cuanto a la defensa que se adopte, también producirá efectos en el desarrollo del juicio.

Las defensas son:

A.1.- Interponer excepciones dilatorias: En general, a las defensas se les denominan

excepciones, pero de forma más precisa, las excepciones corresponden a lo que técnicamente se denominan excepciones dilatorias. Las dilatorias atacan a la acción procesal o la forma de configurarse la relación procesal simple. Podemos definir como excepciones dilatorias: ***“aquellas defensas que atacan a la acción procesal o vicios de procedimiento sin afectar a la pretensión procesal”***.

Estas defensas, tienen como objetivo que exista una relación procesal sana, sin vicios. De manera indirecta, al ser excepciones de previo y especial pronunciamiento, producen la paralización del juicio mientras no sean resueltas.

Modernamente se les denominan excepciones procesales, previas o preliminares.

Las excepciones dilatorias están reguladas en los artículos 303 y siguientes del CPC, y serían taxativas (en principio). Su enumeración se encuentra en el artículo 303, que señala: ***“Sólo son admisibles como excepciones dilatorias:***

1a. La incompetencia del tribunal ante quien se haya presentado la demanda;

2a. La falta de capacidad del demandante, o de personería o representación legal del que comparece en su nombre;

3a. La litis pendencia;

4a. La ineptitud del libelo por razón de falta de algún requisito legal en el modo de proponer la demanda;

5a. El beneficio de excusión; y

6a. En general, las que se refieran a la corrección del procedimiento, sin afectar al fondo de la acción deducida.”

Análisis de cada una de las excepciones dilatorias.

1.- La incompetencia del tribunal ante quien se haya presentado la demanda;

Estamos frente a una defensa, que en caso de ser acogida por resolución que esté ejecutoriada, producirá el efecto que no será posible seguir adelante con el proceso, al menos en ese Tribunal.

Será necesario que veamos qué tipo de incompetencia puede ser reclamada a través de esta vía.

Aquí se comprende tanto la incompetencia absoluta, como la relativa, más no la

específica.

Para empezar, se puede reclamar de la incompetencia relativa y absoluta. En el caso de la incompetencia relativa, solo puede ser reclamada por el demandado, sin que el Juez pueda decretarla de oficio, situación contraria ocurre en el caso de la incompetencia absoluta.

En el caso de la incompetencia específica, ella será evaluada en la sentencia definitiva.

Ejemplo de incompetencia relativa (territorio), sería el caso en que la demanda sea presentada ante un Juez o Tribunal que no corresponda según la ley, respecto del factor territorial; es precisamente la situación en que se demanda a una persona en un Tribunal que no tenga competencia en el domicilio del demandado, o donde se encuentra el inmueble o en donde se haya prorrogado la competencia (contrato); etc.

En el caso de la incompetencia absoluta (por razón de materia), podríamos pensar en la situación en que se recurre ante la justicia ordinaria, respecto de materias que son de arbitraje forzoso, como por ejemplo, en una partición de una comunidad hereditaria¹³.

Por último, la incompetencia absoluta, puede ser alegada como dilatoria, además, puede ser alegada en cualquier estado del procedimiento como incidente de nulidad, por la vía del recurso de casación en la forma y hasta que la sentencia definitiva quede ejecutoriada.

Un caso especial, es la falta de jurisdicción. Tratándose de ella, la sanción es la inexistencia procesal, pero ésta sanción no está regulada en nuestro sistema procesal; por ello, la forma de reclamarla es justamente esta excepción dilatoria de incompetencia, porque, si el Juez o Tribunal carece de jurisdicción, resulta obvio que carece de competencia. El ejemplo clásico en este aspecto, es el caso del Juez Árbitro que queda sin jurisdicción, luego de dos años de compromiso.

La incompetencia se fallará primeramente, y en caso de acogerse, no se emitirá juicio sobre las demás (art. 306).

2.- La falta de capacidad del demandante, o de personería o representación legal del que comparece en su nombre;

¹³ Artículo 227 Código Orgánico de Tribunales.

Esta defensa alude a la falta de capacidad del demandante y como no distingue, se refiere a la capacidad de goce y de ejercicio.

Una pregunta interesante es: ¿cómo se alega la falta de capacidad del demandado?, es decir, si un demandado puede alegar que quién fue notificado de la demanda no tiene capacidad de ejercicio, o que ya no representa al demandado de forma legal. Ese vicio debiera ser alegado a través del numeral 6 del artículo 303 del CPC. La representación y personería, aluden a los casos de representación legal, judicial y convencional.

Por lo anterior, siempre es necesario al momento de redactar la demanda, estar muy seguros de que el demandado tiene capacidad de ejercicio (al respecto las interdicciones se inscriben en un registro especial del Conservador de Bienes Raíces), de estar seguros que la representación legal de una sociedad, sigue en manos de la persona que señalamos como representante (Registro de Comercio).

3.- La litis pendencia;

A esta excepción se remite el bocado: *“Lite Pendente Nihil Innovetur¹⁴”*

Esta excepción tiene como objetivo, impedir que en un futuro exista una colisión de cosas juzgadas, emanadas de juicios idénticos.

¿Desde cuándo existe la litis pendencia?

Existe litis pendencia, desde que la demanda se encuentra notificada. Entender que la litis pendencia opera desde la presentación de la demanda, o desde que se trabe la litis, sería por una parte favorecer la mala fe procesal para iniciar juicios con el solo objeto de paralizar uno que si se vaya a tramitar, esto, en el primer caso y; en el segundo caso, limitar la defensa a través de esta excepción dilatoria, una vez más paralizando en exceso un proceso que si será tramitado en desmedro de otro que solo

¹⁴ Pendiente el juicio no puede hacerse innovación alguna.

tendrá una función dilatoria.

Elementos de la litispendencia (requisitos).

En primer lugar, existe litispendencia cuando hay dos procesos iguales que se encuentran pendientes, si hay uno solamente pendiente y otro terminado, eso es, cosa juzgada.

Entonces, que debe entenderse como procesos o juicios “iguales”, cuando respecto de ellos existe:

a) Identidad legal de partes: Significa que las partes vinculadas por los procesos, deben ser las mismas. No se produce esta excepción respecto de quienes representan a las partes.

b) Idéntico objeto: Esto se refiere al objeto pedido. Estamos hablando del beneficio jurídico que se quiere obtener con las demandas pendientes.

c) Idéntica causa de pedir. La causa de pedir es el fundamento jurídico de lo que se pide (objeto). Por ejemplo, el objeto en este caso, podría ser el derecho de propiedad sobre un bien y la causa de pedir sería la adquisición del mismo, mediante un contrato de compraventa válido.

Obviamente a lo anterior, se une la vigencia de dos o más procesos y que versen con esta triple identidad.

Por último, hay que tener presente que la triple identidad debe producirse de manera copulativa en los procesos vigentes.

4.- La ineptitud del libelo por razón de falta de algún requisito legal en el modo de proponer la demanda;

En este caso, nos referimos principalmente a los requisitos de la demanda señalados en el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil. No obstante eso, como el Juez Civil tiene atribuciones para no proveer la demanda que no cumple con los primeros tres requisitos del art. 254 del CPC, resulta que, la ineptitud del libelo se va a referir a los dos últimos numerales del artículo 254 del CPC.

En primer término, si hablamos del n° 4 del 254, esto, es la exposición clara de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda. Muchas veces en este caso, los fundamentos de hecho y derecho, pueden ser que existan y resulta muy difícil pensar en una demanda que no los tenga.

Caso especial de los fundamentos de hecho.

En las demandas, este es el requisito que más genera problemas, la razón es que las demandas muchas veces **no son redactadas**, sino que, cortadas y pegadas de otro texto, o sobre escritas sobre otras demandas y, en último término, son confeccionadas con graves errores de redacción.

Como consejo, siempre que se redacte una demanda debe ser leída pensando que quien las va a leer con posterioridad, no sabe nada del proceso que se va a iniciar (en cuanto a hechos) y, que tampoco sabe nada de derecho. Así se logrará un texto al menos claro.

Ya subyace a lo explicado, que ésta excepción dilatoria, tiene como fundamento el derecho a la defensa. No es posible defenderse de lo que no se comprende.

Fundamentos de derecho.

Uno tendería a pensar que la demanda ni siquiera debería tener fundamentos de derecho, pues, el derecho se entiende conocido por todos¹⁵.

También el aforismo *Jura novit curia* (El Juez conoce el derecho), nos acercaría a pensar que el demandante, podría no fundar su demanda en derecho; pero, el Código es claro y exige que la demanda esté fundada en él.

El fundamento puede estar equivocado, pero basta que exista. Eso es lo que exige la ley. En este aspecto, tampoco los fundamentos de derecho pueden ser meramente mencionados en la demanda, me explico, cuando se pretenda fundamentar una demanda en derecho, no bastará con la mención de las normas jurídicas atinentes al caso, sino,

¹⁵ Art. 8 Código Civil.

que además ellas deben ser explicadas como se aplican al caso y cómo se resolverá conforme a ellas. En caso contrario, debería ser presentada y acogida una excepción dilatoria de ineptitud del libelo.

Las peticiones concretas (art. 254 n° 5).

Un comentario especial, requiere esta parte de la demanda, que tiene una importancia capital, en el sentido que es la parte del libelo que le da competencia (relativa) al Juez Civil, para resolver el asunto controvertido. Si pensamos que el demandante pudo equivocarse sus peticiones, no resulta justo, equitativo, ni racional que el Juez falle en un sentido diverso a lo solicitado por el demandante. De hecho, es un deber de imparcialidad del Tribunal, no ir más allá de lo pedido por el demandante. Por ello, si el Juez Civil falla más allá de las peticiones concretas, como ya lo hemos señalado, fallará ultra o extra petita.

Estrategia respecto de esta excepción dilatoria.

Como se ha revisado en clases, la demandada no está obligada a ejercer estas defensas, de hecho, muchas veces, conviene no ejercerlas como una defensa de forma y es mejor defenderse en la contestación de la demanda, como una excepción perentoria.

Tenemos, que muchas veces la ineptitud del libelo, en especial, el error en hacer las peticiones concretas, va a significar la zozobra de la misma. En cambio, si el demandado hiciera ver este defecto mediante una excepción dilatoria, le estaría dando la oportunidad al demandante para que mejore su demanda y obtenga una sentencia favorable.

De todo esto, ya hemos conversado en clases y se aportará el material respectivo luego.

En suma.

Cada vez que la demanda no se entienda, por ser los hechos vagos, imprecisos, faltos de ilación lógica o ambigua y; por otra parte, las peticiones no sean atingentes al caso o sean contradictorias, estaremos frente a este tipo de excepción dilatoria.

5.- El beneficio de excusión;

Esta excepción se encuentra vinculada a la fianza (caución personal) que tiene dos beneficios, uno el de excusión y otro el de división.

En el caso de la excusión, el fiador tiene el derecho a que se demande primeramente al deudor principal y luego de no obtener un resultado de ello, se demande al fiador.

En cuanto al beneficio de división, es el derecho del fiador frente a la existencia de otros fiadores, para que se cobre solo su parte a cualquiera de ellos, sin ser posible cobrar el total de la deuda.

Pero actualmente, la mayoría de las fianzas son solidarias, por lo cual, no es posible tener estos beneficios.

6.- En general las que se refieran a la corrección del procedimiento sin afectar al fondo de la acción deducida.

Este numeral constituye la definición más genérica de lo que debe entenderse como excepción dilatoria.

Las excepciones dilatorias, como se ha dicho, son aquellas defensas que atacan vicios de forma, específicamente vicios en la demanda (forma de proponer el juicio) y en la relación procesal (requisitos y trámites).

Este numeral del artículo 303 viene a determinar que estas defensas no son taxativas, más bien, enunciativas.

Es posible imaginar varias situaciones en que estemos frente a un defecto de este tipo, como por ejemplo: El caso en que una demanda ordinaria, sea proveída como una demanda en juicio sumario, sin que el demandante se percate de ello y sea notificada al demandado. Éste podrá defenderse mediante una excepción dilatoria, para solicitar la

corrección del procedimiento.

Características de las excepciones dilatorias.

- a) Son defensas de forma (ya se ha explicado el por qué).
- b) Son enunciativas (ya explicado).
- c) Son excepciones de previo y especial pronunciamiento (por ello se tramita en el cuaderno principal).
- d) Son Incidentes y se tramitan como tales.
- e) Se interponen dentro del término de emplazamiento, pero antes de contestar la demanda.
- f) Tienen como efecto retrasar la entrada del demandado al proceso.

Oportunidad para alegar las excepciones dilatorias.

Se interponen dentro del término de emplazamiento, todas en un mismo escrito y “antes de contestar la demanda”. Aquí opera la preclusión por uso de un derecho incompatible, lo que igualmente ocurre respecto de los recursos de casación en la forma y apelación, pues, quien reclama el fondo del asunto, convalida los defectos de forma. Se tramita en el cuaderno principal del proceso.

Si se opone la excepción dilatoria, no procede contestar la demanda antes que se fallen éstas, a pesar, que algunos indiquen que se estaría renunciando al plazo para contestar, pero, como veremos más adelante, ese plazo recién nace al momento de desechar la excepción o de tener por corregido el vicio.

Tramitación de las excepciones dilatorias.

Su tramitación corresponde a un incidente especial y de previo y especial

pronunciamiento. La tramitación se muestra en el siguiente gráfico:



Prescripción, abandono de procedimiento y excepciones dilatorias.

La interposición de una excepción dilatoria, tiene como efecto la paralización del proceso, resulta que, en el caso de acceder a la excepción dilatoria, la única forma de seguir adelante con el proceso es la subsanación de los vicios.

La pregunta a plantearse es: ¿Esta paralización, puede provocar efectos negativos en el demandante? (o el proceso). La respuesta es compleja.

Primeramente, podríamos decir que podría plantearse un abandono del procedimiento (ante lo cual hay una defensa de la que se conversará en clases) y, en caso de acogerse, el efecto es que caería el juicio completamente, teniendo que realizar otro nuevamente; pero, ¿y si la acción civil ha prescrito?

A.2.- Excepciones perentorias que pueden ser interpuestas como dilatorias (mixtas). art

304.

Estamos hablando de la cosa juzgada y la transacción. Estas excepciones son perentorias, atacan a la pretensión procesal, pero por economía procesal, la ley permite que puedan ser opuestas en la oportunidad de las excepciones dilatorias. La razón es que si están revestidas de fundamento, pueden ser acogidas de inmediato y dar por concluido tempranamente el proceso.

Cabe hacer presente que la oportunidad natural de interposición de estas excepciones,

es en la contestación de la demanda, y el momento natural de su decisión, sería en la sentencia definitiva. Existe realmente mucha diferencia en los tiempos de resolución del conflicto, según el camino que se elija.

Por último, de todas formas el Tribunal puede ordenar que las excepciones así opuestas, se resuelvan en la sentencia definitiva, mandando contestar la demanda. Estas excepciones se denominan *mixtas*.

Fallo de las excepciones dilatorias. art 307.

El fallo puede significar:

- a) **Que se acoja la excepción dilatoria:** El juicio queda paralizado hasta que se subsane el vicio o defecto. El demandante no tiene ningún plazo para subsanar el vicio, pero si no lo hace, no sigue el proceso. Una vez subsanado el vicio o defecto, se notificara por el estado diario dicha resolución y correrá un plazo de 10 días para que conteste el demandado.
- b) **Que se rechace la excepción dilatoria:** Se debe contestar la demanda en un plazo de 10 días, plazo que se cuenta desde la notificación por el estado diario del rechazo.

A.3.- Las excepciones anómalas (art. 310).

Estas defensas se denominan anómalas, porque estamos frente a excepciones perentorias, que se pueden interponer fuera de la oportunidad natural, por ello, son excepciones anormales o anómalas.

Estas son:

- a) La transacción.
- b) La cosa juzgada.
- c) La prescripción.
- d) El pago, cuando se funda en un antecedente escrito.

La oportunidad normal de interposición de estas excepciones, es en la

contestación de la demanda, pero estas excepciones, por una razón de justicia, se pueden interponer más allá del plazo para contestar la demanda. En primera instancia, hasta la citación para oír sentencia y en segunda instancia, hasta antes de la vista de la causa.

A.4.- Alegaciones o defensas.

Son defensas que consisten simplemente en rechazar el fundamento de las pretensiones del demandante, sin agregar nada más. Se denomina defensa negativa. Ejemplo de este tipo de defensas se verá a continuación:

“EN LO PRINCIPAL: Contesta demanda, OTROSÍ: Objeta documentos.

S. J. L. CIVIL (27° DE SANTIAGO).

RICARDO ANDRÉS MÁRQUEZ ACEVEDO, abogado, domiciliado en calle Huelén n° 219, Piso n° 3, Providencia; en representación del demandado ANDRÉS GURFINKEL ALVO, diseñador, con domicilio en Camino Otoñal n° 1.519-B, Las Condes; en autos sobre juicio ordinario de menor cuantía, sobre indemnización de perjuicios caratulados “**Mapfre con Gurfinkel**”, rol n° C-8.585-2.011; a SS. con respeto digo:

Vengo en contestar la demanda civil interpuesta por el actor, solicitando se rechace en los términos que se pretende; con costas.

I.- RESPECTO DE LOS HECHOS.

Los hechos descritos en la demanda que dan cuenta de un viraje en “U”, no son como lo señala el actor. Por lo cual, los niego correspondiendo probar la dinámica del accidente de tránsito a la parte demandante. En consecuencia, negamos toda culpabilidad del demandado en la producción del accidente y de los daños. Por lo demás, de los documentos acompañados, no se desprende condena penal alguna por los hechos descritos.

Por lo expuesto y conforme al artículo 1.698 del Código Civil, la carga de la prueba le corresponde al demandante.

II.- LEGITIMIDAD ACTIVA.

Reclamamos de la legitimidad para demandar de la Compañía de Seguros, en cuanto previamente para proceder a demandar, se debe acreditar el pago de la indemnización. Situación que no está probada de los antecedentes que se exponen y acompañan. Más aún, cuando no se acredita el dominio del vehículo dañado, por parte del supuesto asegurado. Todo esto, como lo explicitan los artículo 553 y 554 del Código de Comercio.

III.- PERJUICIOS REALES Y MONTOS DEMANDADOS.

1.- Respecto del “daño emergente” demandado:

Demanda el actor \$5.517.194.-, sin precisar de qué daños específicamente se trata, mencionando generalidades de partes de vehículos motorizados y sin existir algún informe sobre dicha pérdida total que al final señala.

En consecuencia, negamos la naturaleza, existencia y cuantía de ese perjuicio reclamado, debiendo probar el demandante todo ese perjuicio y su cuantía y origen.

2.- La demandante pretende reajustes, intereses y costas:

Estos reajustes se pretenden desde la fecha del accidente, lo que no corresponde por tratarse eventualmente de responsabilidad extracontractual y será en la sentencia, cuando se determine la obligación de indemnizar y el monto de esa indemnización. Antes que esa sentencia esté ejecutoriada, no hay mora y por ello, tampoco procede se acoja la pretensión de intereses.

Los demandantes pretenden se condene en costas a mi parte. Como se determinará en la sentencia, los montos que eventualmente se fijen como compensatorios de los perjuicios reclamados, serán sustancialmente inferiores a los demandados, de tal modo que por aplicación de lo dispuesto en el artículo 144 del Código de Procedimiento Civil, al no ser vencida totalmente mi parte y por tener, en consecuencia, motivo plausible para defenderse de demandas tan exageradas, solicito se rechace la pretensión de costas y se exima de ella a la demandada para el caso de condena.

POR TANTO:

En mérito de lo expuesto, artículos 309, 698 n° 2 del Código de Procedimiento Civil, citas legales y demás pertinentes, Ruego a SS. tener por contestada la demanda, la que deberá ser rechazada; con costas.

En subsidio del rechazo: deberán ser fijados los valores de indemnización de acuerdo con lo alegado y efectivamente acreditado, rechazándose la pretensión de costas, y que los

reajustes sean contados desde que la sentencia este ejecutoriada y desde la mora los intereses.

OTROSÍ: Ruego a SS. tener por objetado todos los documentos presentados en la demanda, pues todos son instrumentos privados (emanados de terceros al juicio); más aún, se trata de copias simples de instrumentos privados, los cuales no hacen fe respecto de esta parte, ya que todos ellos no se encuentran reconocidos por quienes los han emitido; no me consta su autenticidad; que ellos sean íntegros y menos la veracidad de lo expuesto en ellos.

Ruego a SS. tenerlos por objetados por falta de autenticidad, integridad y en cuanto a la veracidad de lo expuesto en ellos.”

A.5.- La CONTESTACION DE LA DEMANDA.

La contestación de la demanda, es la forma normal de abordar la defensa en un proceso; en los procesos penales, lo que se contesta es la acusación, pues, de ella se defiende el imputado y es en ella en donde está contenida la pretensión en los juicios penales.

El escrito de contestación de la demanda, puede contener normalmente excepciones perentorias, la oportunidad de defensa de ellas, es en la contestación, por lo tanto. Si no se oponen en la contestación, no podrán oponerse nunca (salvo las anómalas).

Las excepciones perentorias se asimilan a los modos de extinguir las obligaciones, pero, no se limitan a ellos.

A continuación se puede apreciar un diagrama con los trámites del juicio ordinario.



No obstante lo anterior, también es posible defenderse en la contestación de la demanda, a través de excepciones *dilatorias*, generalmente se hará en los casos en que es desechada la dilatoria (en su oportunidad normal) por el Juez Civil.

La contestación ficta de la demanda.

En este caso, no estamos hablando que se conteste la demanda, por el contrario, acá la demanda no es contestada o, no lo es dentro de plazo. El problema que se produce es: ¿Cómo se puede avanzar, si no hay contestación de la demanda? Y la respuesta lo da la ley. En caso de no contestar la demanda, la ley entiende que esa es la contestación de la demanda, la omisión de dicha actuación y la ley presume que en caso de no contestar la demanda, se están negando todos y cada uno de los fundamentos y peticiones del demandante.

Esta es una estrategia utilizada en los casos en que el demandado no tiene mucho que aportar al debate. Acá el silencio procesal no otorga absolutamente nada. De hecho, la carga de la prueba la sigue teniendo el demandante por regla general (veremos más adelante como esto cambia).

Así, el trámite de la contestación de la demanda, se va a tener por “evacuado en su rebeldía”, el proceso va a avanzar sin la contestación del demandado, y esto, es lo que se denomina contestación ficta de la demanda.

Requisitos del escrito de contestación de la demanda (art. 309).

La contestación a la demanda debe contener:

- 1°.- La designación del tribunal ante quien se presente;
- 2°.- El nombre, domicilio y profesión u oficio del demandado;
- 3°.- Las excepciones que se oponen a la demanda y la exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho en que se apoyan; y
- 4°.- La enunciación precisa y clara, consignada en la conclusión, de las peticiones que se sometan al fallo del tribunal.

Si apreciamos con cuidado los requisitos de la contestación, veremos que son casi los mismos requisitos que los de la demanda, pero, desde el punto de vista del demandado.

La reconvencción.

Es la demanda del demandado, presentada contra el demandante y tramitada en el mismo proceso, en donde éste sujeto pasivo es demandado.

Requisitos de la reconvencción.

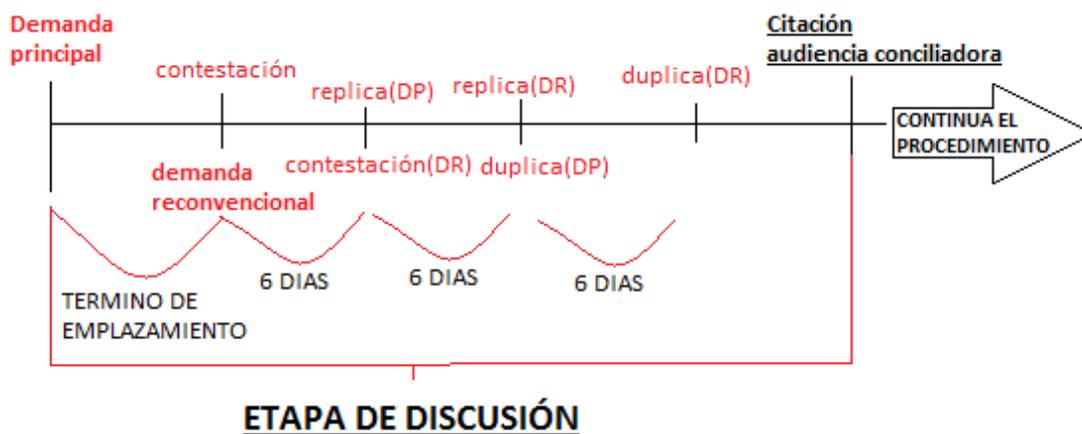
Para que haya reconvencción:

- a) La pretensión debe entablarse en contra del demandante y por el demandado.
- b) La pretensión debe derivar de la misma relación jurídica o, de otra del sujeto pasivo con el activo, son dos juicios en uno, se hace por económica procesal

Condiciones para que se pueda reconvenir:

- a) El juez que está conociendo de la demanda principal, debe ser competente de conocer la demanda reconvenccional.
- b) La demanda principal y la reconvenccional, tengan procedimientos compatibles (art 315).

Tramitación y fallo de la demanda reconvenzional.



Plazo para subsanar excepciones dilatorias en las demandas reconvenzionales.

Existe una diferencia entre las excepciones dilatorias presentadas en contra de una demanda reconvenzional y, la de una demanda principal, pues, en el caso de la demanda reconvenzional, se debe subsanar en el plazo de 10 días, so pena, de continuar sin dicha demanda reconvenzional¹⁶.

B- EL ALLANAMIENTO.

Es una de las actitudes que puede adoptar el demandado, en este caso, el demandado acepta total o parcialmente las pretensiones del demandante. Existen (2) tipos de allanamiento:

B.1.- Expreso: el demandado acepta formalmente y sin lugar a dudas los hechos y el derecho de la demanda, mediante una manifestación de voluntad directa y clara.

B.2.- Tácito: el demandado sin contestar la demanda, entrega la cosa debida o paga la obligación debida, cumple con lo que señala la demanda; es decir, su allanamiento se

¹⁶ Artículo 317 inciso 2° CPC.

presume o supone de su actuar que no implica un acto formal y directo de aceptación de la demanda.

Para allanarse, el demandado deberá tener capacidad procesal para comparecer y la libre administración de sus bienes (capacidad de ejercicio), si el allanamiento es practicado por el mandatario judicial, deberá tener facultades especiales (inc. 2º art. 7).

Límite del allanamiento.

Deben tratarse de derechos disponibles, pues, estamos frente a una renuncia de derechos y estos los va a adquirir el demandante. Por lo tanto, el límite tiene que ver con el fraude procesal y las reglas del art. 12 del Código Civil.

Efectos del allanamiento.

Se podría pensar que el allanamiento finaliza el proceso, pero no es así. El art. 313 menciona la situación de allanamiento, como uno de los casos en que se omite la etapa probatoria y se cita a oír sentencia.

LA RÉPLICA Y DÚPLICA (art 312).

Son trámites que vienen a acotar la etapa de discusión, pero sin alterar el fondo de esta; es decir, sin alterar el fondo de la discusión dada por los escritos fundamentales de demanda y contestación de la demanda.

En teoría, quién no contesta la demanda, no puede duplicar, pues, solo puede modificar o alterar lo que está en la contestación y si no hay contestación, no pueden alterar nada.

No se puede agregar argumentos nuevos en la réplica o dúplica, porque se modificaría el fondo; tampoco se pueden hacer peticiones subsidiarias que no estén en la demanda, es decir, durante estos trámites, no se pueden formular nuevas excepciones ni

pretensiones, ni peticiones.

El plazo para duplicar y replicar es de 6 días y se notifican por el estado diario.

www.ricardomarquez.cl

AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN (art 262).

Resulta ser un trámite esencial este de la conciliación, significa que no puede ser omitido, so pena, de nulidad procesal.

La regla básica, en este aspecto, es que en todo juicio civil en donde sea admisible la transacción, el Tribunal, luego de los trámites de la discusión, deberá citar a una audiencia de conciliación.

Excepcionalmente, no se debe citar a conciliación en los siguientes casos:

- a) Cuando no es admisible la transacción (juicio de interdicción).
- b) Juicio ejecutivo.
- c) Derecho legal de retención.
- d) Citación de evicción.
- e) Juicios de hacienda.

Existe una atribución, en cuanto al llamado a conciliación, en que el Juez en cualquier momento, puede volver a llamar a conciliación (art. 262 inc. 2º).

EL TÉRMINO PROBATORIO.

El término probatorio, es el plazo u oportunidad, en el cual se rinden las pruebas.

Existen tres tipos de términos probatorios:

- 1.- El Ordinario.
- 2.- El Extraordinario.
- 3.- El Especial.

1.- El término probatorio ordinario.

Este término probatorio, es la oportunidad natural para rendir pruebas de toda especie en el proceso.

Comienza a contarse desde la notificación a la última de las partes del proceso de

la resolución que recibe la causa a prueba (resolución de a la que nos referiremos más adelante), porque es un plazo común.

La duración de este término es de 20 días hábiles.

La resolución que recibe la causa a prueba.

Esta resolución es dictada por el Tribunal de oficio, cuando existen hechos pertinentes, controvertidos y substanciales. En caso que no existan estos hechos, el Juez deberá citar inmediatamente a oír sentencia (resolución judicial).

En los casos que indica el artículo 313 CPC, no es necesario recibir la causa a prueba.

Dichos casos son:

- a) Si el demandado se allana totalmente y dicho allanamiento surte todos sus efectos, por ser derechos no comprendidos en el artículo 12 del Código Civil.
- b) Si en los escritos fundamentales, el demandado no contradice substancial o pertinentemente los hechos sobre los que versa el juicio.
- c) O, si las partes piden que se falle sin mayor trámite.

A lo anterior, se agrega la situación en que se trate de un conflicto meramente jurídico, como puede ser, el litigio en que solo hay discrepancias en la aplicación del derecho; como en el caso de la interpretación de un contrato.

La resolución que recibe la causa a prueba, conforme al artículo 158 del CPC, es una sentencia interlocutoria de segundo grado. Dicha resolución tiene los siguientes elementos:

- a) La orden de recibir la causa a prueba.
- b) La enunciación de los hechos que podrán ser probados durante el término probatorio. Se trata de hechos, no de puntos de prueba; para que los hechos puedan ser divididos en puntos, es necesario presentar lo que se denomina minuta de interrogatorio o de puntos de prueba¹⁷.
- c) Por último, toda resolución que reciba la causa a prueba, deberá indicar las audiencias en las cuales se recibirá la prueba testimonial.

A continuación, podemos ver una resolución que recibe la causa a prueba con todos sus elementos:

www.ricardomarquez.cl

¹⁷ Artículo 320 inciso 1° del Código de Procedimiento Civil.

NOMENCLATURA : 1. [24] Recibe la causa a prueba
JUZGADO : 21 º Juzgado Civil de Santiago
CAUSA ROL : C-34457-2017
CARATULADO : RAMÍREZ/MONTESINOS

Santiago, veintidós de Noviembre de dos mil dieciocho

VISTOS:

Se recibe la causa prueba por el término legal y se fijan como hechos substanciales, pertinentes y controvertidos los siguientes:

- a) Existencia de un hecho doloso o culposo imputable a la parte demandada: naturaleza del mismo.-
- b) Si dicho hecho ocasionó daño a la demandante.-
- c) Existencia de una relación de causalidad entre el hecho y el daño sufrido por la demandante.-
- d) Si como consecuencia del daño la parte demandante sufrió perjuicios; naturaleza y monto de los mismos.-

Para los efectos de la prueba testimonial que fuere procedente se fijan los dos últimos días del probatorio a las 09:00 hrs., y si el último día recayere en sábado al día hábil siguiente a la misma hora.-

Notifíquese por cédula.-

cqđ

En Santiago, a veintidós de Noviembre de dos mil dieciocho, se notificó por el estado diario, la resolución precedente.



[Handwritten signature]
10/05/2018

Notificación de la resolución que recibe la causa a prueba.

Según lo que dispone el artículo 48 inciso 1º del CPC, ésta resolución debe ser notificada por cédula, no obstante lo anterior, obviamente es posible que sea notificada expresamente (mediante la presentación de un escrito), personalmente y tácitamente.

Desde cuando se comienza a contar el término probatorio (art. 319 CPC).

Como se ha dicho, se comienza a contar el término probatorio desde que se notifica a la última de las partes la resolución que recibe la causa a prueba, pero esto es así, siempre y cuando no se haya interpuesto recurso respecto de la interlocutoria de prueba.

En el caso en que se interponga recurso de reposición (con apelación subsidiaria), el término probatorio comenzará a contarse desde que se notifique por el estado diario la resolución que se pronuncie sobre la última de las reposiciones.

2.- El Término Probatorio Extraordinario (arts. 329 CPC).

Este término probatorio extraordinario, rige inmediatamente luego del término ordinario y, su objetivo es la rendición de prueba fuera del territorio de competencia del Tribunal.

El juez lo concede con citación.

La oportunidad para pedirlo es antes de vencido el término ordinario (art. 332).

Existen dos tipos de términos probatorios extraordinarios, el para rendir prueba dentro del territorio de la república (pero fuera del territorio de competencia del Tribunal) y, el término extraordinario para rendir prueba fuera del territorio de la república.

Diferencias entre ambos términos probatorios extraordinarios.

1. Dentro del territorio de la república, siempre se concederá, basta que se pida antes del vencimiento del ordinario, salvo que haya un justo motivo para creer que se pide en forma maliciosa para dilatar (art 330); en cambio, tratándose del término probatorio extraordinario para rendir prueba fuera del territorio de la república, no siempre se concede, porque este sí se puede prestar para dilatar. Por lo tanto, habrá que solicitarlo acompañando antecedentes que hagan verosímil la existencia de pruebas fuera del territorio de la república (art 331).
2. Dentro del territorio de la república, se concede con citación, es decir, si dentro del plazo de citación, no hay oposición, se procede a abrir el término probatorio extraordinario (art 336 inc. 1º); fuera del territorio de la república, se concede con audiencia, significa que el juez con la solicitud da traslado a la contraparte y, será necesario que el juez decida si lo concede o no (336 inc. 1º).
3. Dentro del territorio de la república, no se le exige al solicitante acompañar caución de ninguna especie; en cambio sí se pide para rendir prueba fuera del territorio de la república; en este caso, se debe acompañar a la solicitud una caución (art 338 inc. 1º).

3.- El Término Probatorio Especial (art. 339 CPC).

Este término probatorio, procede frente a los llamados entorpecimientos para rendir la prueba, podríamos hablar de casos fortuitos o fuerza mayor que impiden rendir la prueba.

Son ejemplos de estos casos, el que sigue: Si un abogado que va en camino a una audiencia testimonial con los testigos de la causa, sufre un accidente de tránsito y no llega a la audiencia, se produce un entorpecimiento.

Al producirse el entorpecimiento, se necesita un término probatorio especial, el que puede ser solicitado al juez.

El plazo que va a otorgar el Tribunal, será prudencial; señalando un día especial para la audiencia testimonial (según el ejemplo). Debiendo notificar por cédula a ambas partes el acaecimiento de este término especial.

Los días o tiempo que durará el probatorio especial, va a depender del número de días o tiempo perdido por el entorpecimiento.

Requisitos para pedir este término especial:

- a) Tiene que ocurrir un *entorpecimiento* que impida rendir prueba (art 339 inc. 2º).
- b) Hay un plazo para reclamar del entorpecimiento, el mismo día, o a más tardar tres días después de ocurrido (art. 339 inc. 3º).

Trámites Posteriores a La Prueba.

1.- Las observaciones a la prueba.

Vencido el término probatorio ordinario, hay 10 días hábiles para que las partes realicen las observaciones a la prueba. Este escrito es aquel en donde las partes señalan los medios de prueba y la valoración que ellos pretenden, es decir, es un documento en donde las partes le indican al Juez: -cómo se acreditaron los hechos controvertidos pertinentes y substanciales mediante la prueba rendida y- se dan orientaciones al magistrado para valorar la prueba.

El término probatorio ordinario, es un plazo o término fatal, por ello, inmediatamente después de su vencimiento comienza a regir el plazo para hacer estas observaciones a la prueba.

A continuación, se inserta un escrito de observaciones a la prueba:

“OBSERVACIONES A LA PRUEBA

S. J. L. EN LO CIVIL (25º).

RICARDO MÁRQUEZ ACEVEDO, abogado, por la demandante Jessica Gallardo Henríquez, en causa ordinaria de menor cuantía, sobre cumplimiento de contrato de seguros, caratulada “Gallardo con Cía de Seguros”, rol n° C-273-2.015; a SS. con respeto digo:

Según lo dispone el **artículo 698 n° 5 del Código de Procedimiento Civil**, vengo en hacer las siguientes observaciones a la prueba rendida:

I.- ACREDITACIÓN Y CONDICIONES DEL CONTRATO DE SEGURO.

Respecto de este punto, no existe duda de la existencia del contrato de seguro y sus condiciones según los documentos que han acompañado por ambas partes al proceso.

II.- INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE SEGURO.

Conforme lo acreditado por las partes, ha existido un contrato de seguro entre los litigantes. Esto ha quedado establecido conforme a los documentos acompañados, entre ellos, la misma póliza de seguros, el informe de liquidación y las declaraciones de los testigos. Mi parte ha cumplido con dicho contrato, incluso se acompaña el pago de la póliza al momento del siniestro (escrito 17 de septiembre de 2.015).

Conforme a lo anterior y según lo dispone el artículo 1.698 del Código Civil, corresponde acreditar en este caso la extinción de la obligación de indemnizar a la demandada, habiendo esta parte acreditada la fuente de la obligación.

Por otra parte, los **artículos 530 y 531 del Código de Comercio (reformado el 1 de diciembre de 2.013)**, son clarísimos en cuanto:

- 1.- Art. 530 inciso 1° Código de Comercio: *“...El asegurador responde de los riesgos descritos en la póliza, con excepción de las situaciones expresamente excluidas por ella.”*
- 2.- Art. 531 inciso 1° Código de Comercio: *“...El siniestro se presume ocurrido por un evento que hace responsable al asegurador.”*

En ambos casos, la exclusión del hecho debe estar en el contrato (expresamente establecida) o en la ley.

III.- DECLARACIÓN DEL LIQUIDADADOR PABLO CONTRERAS MONTALVA.

En la contra interrogación al punto de prueba n° 1 el testigo que fue quien liquidó el siniestro y con cuyo informe la demandada optó por no pagar el siniestro, señala que no existe una exclusión al pago de la póliza en cuanto al hecho de no entregar las llaves del vehículo siniestrado. Así SS. la demandada no tenía derecho a exigir dichas llaves, por lo que se torna intrascendente la entrega de otras llaves.

En las contrainterrogaciones n° 1, 2 y 3; al punto de prueba n° 2, el testigo es claro en señalar que la información falsa no la recibió de la demandante.

En las contrainterrogaciones n° 4, 5 y 6 ; al punto de prueba n° 2. El testigo deja en claro que las llaves no estaban visibles desde el exterior y no explica cómo dejar las llaves bajo el asiento agrava los riesgos de la póliza.

Por último en la contrainterrogación n° 7 al punto de prueba n° 2, el testigo entiende en la parte final de su declaración que, **TODA RETICENCIA O FALSEDAD, ES SUFICIENTE PARA INFORMAR EL NO PAGO DEL SINIESTRO.** En este caso, queda comprobado que el liquidador desconoce la normativa de los artículo 530 y 531 del Código de Comercio y, los artículo 8° n° 4 y 5 de la póliza, que hacen que el rechazo solo pueda hacerse frente a reticencia o falsedades que aumenten los riesgos. Esto sin perjuicio de que dichas situaciones deben, según la ley, ser mencionadas expresamente en la póliza como exclusiones de pago.

En otras palabras, el liquidador informó no pagar la póliza por la existencia de reticencias o falsedades, sin vincularlas a la ley o a las exclusiones de la póliza.

IV.- EN SUMA.

1.- No existe obligación de entregar las llaves del siniestro y menos esta negativa es una exclusión para pagar el siniestro.

2.- Cualquier falsedad referente al punto anterior es intrascendente, ya que no es obligación el entregar las llaves.

3.- No existe una exclusión en la póliza (expresa) en el pago del siniestro, respecto de las circunstancias descritas con anterioridad.

4.- Tampoco el dejar las llaves en el vehículo conforme se ha explicado (debajo del asiento) implica un agravamiento del riesgo del siniestro (no se veían del exterior).

POR TANTO:

Ruego a SS. tener por hechas las observaciones a la prueba rendida.”

Citación a Oír Sentencia.

La citación para oír sentencia, es una resolución judicial cuya naturaleza jurídica, resulta ser una sentencia interlocutoria de segundo grado. Esta resolución es de iniciativa exclusiva del Tribunal.

Trascendencia de la citación para oír sentencia.

Esta resolución es de iniciativa del juez. Por lo tanto, se podría rechazar la solicitud de la parte que la pida.

El efecto más importante de esta resolución, es que, clausurará la actividad de las partes en el proceso. Es decir, con esta resolución comienza el momento jurisdiccional del juzgamiento.

Citadas las partes para oír sentencia, no se reciben escritos de ninguna naturaleza, ni prueba de ninguna especie (art. 433 CPC).

Las excepciones a la anterior prohibición y clausura, son¹⁸:

- a) Las medidas para mejor resolver (art. 159 CPC).
- b) La prueba que haya sido rendida fuera del territorio de competencia del Tribunal.

¹⁸ Artículo 433 inciso 2° Código de Procedimiento Civil.

- c) Un incidente de nulidad.
- d) La petición de medidas cautelares.

www.ricardomarquez.cl

III.- TEORÍA DE LA PRUEBA.

1.- Introducción.

Cuando hablamos de la teoría de la prueba, son muchas las materias que se nos vienen a la mente, por ejemplo: los medios de prueba, la oportunidad para rendirla, el objeto de la prueba, la carga y el peso de la misma, la valoración de la prueba y modernamente la exclusión de medios de prueba.

Con lo anteriormente expuesto, nos damos cuenta, que los temas que se abordan en la teoría de la prueba son extenso y variados.

Cabe también tener presente que en Chile los manuales, tratados, memorias y trabajos sobre estas materias son exiguos, pues, la teoría de la prueba y la prueba en sí, es más bien, un tema que interesa a los abogados litigantes, más que a la cátedra. Un abogado litigante, caso tras caso, siempre le hará la misma consulta a su cliente y se la hará a sí mismo: “¿y cómo vamos a probar lo que Ud. me ha señalado?”.

El litigante también se preguntará: ¿La prueba que tengo, será suficiente?, o “¿Al Juez le parecerá suficiente?”

En suma, la prueba es la principal preocupación del abogado en un proceso. Unido a lo anterior, el estudiante y el profesional del derecho, tienen que tener claro, que, según la materia de que se trate el manejo de la prueba, será diferente. Así en materia civil, tendremos normas más estrictas en cuanto a los medios de prueba, pero, más laxa en cuanto a la valoración para acreditar el hecho. En materia penal, las normas acerca de recolección de pruebas serán muy exigentes, pero los medios de prueba y su valoración serán más flexibles (obviamente), porque el imputado siempre pretenderá no dejar rastros, y si los deja, los borrará); pero, el estándar de condena tendrá un umbral más alto para establecer los hechos y la participación.

Por ello, a lo largo de la carrera profesional, o de la observación de casos en particular y a través de los medios de comunicación, se aprecia que muchos hechos que constituyen delitos, pueden tener diversos resultados en la realidad. Generalmente los imputados serán absueltos en el proceso penal y condenados en el juicio civil. Al respecto, sobran casos a nivel internacional y nacional.

Por el tipo de sanción y reproche, las causas penales exigen un nivel más alto de

convicción. A este respecto, si se tuviera que hacer un cálculo porcentual, el umbral de condena civil debe ser superior al 51% y en el caso penal al 90%.

Hemos esbozado dos tópicos respecto de la teoría de la prueba. Ahora a medida que avancemos en el curso, veremos muchos otros de variada importancia y actualidad.

2.- Conceptos Previos.

Debemos revisar, previamente ciertos conceptos, como los siguientes:

- a) **Prueba:** “En general, dicese de todo aquello que sirve para averiguar un hecho, yendo de lo conocido hacia lo desconocido¹⁹.”
- b) **Probar:** Es la acción tendiente a acreditar un hecho en juicio.
- c) **Objeto de la prueba:** Se refiere a los hechos que deben ser acreditados en un proceso, para ser introducidos al mismo. Por regla general, los hechos deben acreditarse. Pero existen hechos que no necesitan prueba, como los hechos públicos y los notorios, por lo que son una excepción al objeto de la prueba.
- d) **Carga de la Prueba:** “Dicese de aquella, cuyo requerimiento consiste en poner a cargo de un litigante la demostración de la verdad de sus proposiciones de hecho; cuya facultad consiste en la posibilidad de no hacerlo, sin que de ello se derive responsabilidad, ni se incurra en sanción; y cuyo gravamen consiste en que, no habiéndose producido la prueba respectiva, las proposiciones de hecho no serán admitidas como exactas²⁰.”
- e) **El peso de la prueba:** Es un concepto cercano al de la carga de la prueba, pero en este caso, estamos ante un mandato legal que atribuye a una de las partes la actividad probatoria. En el caso Chileno, el artículo 1.698 del Código Civil atribuye este peso al demandante.
- f) **Cargas dinámicas de la prueba:** Posibilidad que en ciertos sistemas procesales de otros países, en que el Juez atribuya la carga y peso de la prueba a una u otra parte.
- g) **Los medios de prueba:** Instrumentos o elementos determinados por la ley, que son aptos para acreditar los hechos en un juicio.

¹⁹ Eduardo J. Couture, Vocabulario Jurídico, Edic. B de F., Montevideo – Buenos Aires, 4º Ed 2.013, pag. 609.

²⁰ Eduardo J. Couture, Vocabulario Jurídico, Edic. B de F., Montevideo – Buenos Aires, 4º Ed 2.013, pag. 146.

3.- Los Medios de Prueba.

En Chile en materia procesal civil, se ha adoptado el sistema de los medios de prueba legales, lo que significa que solo los medios de prueba que establece la ley, serán los medios por los cuales es posible acreditar un hecho.

Así el artículo 341 del Código de Procedimiento Civil, señala: *“Los medios de prueba de que puede hacerse uso en juicio son:”*

Lo anterior implica que no existen otros medios de prueba que los indicados en la ley.

En Chile, para introducir otros medios de prueba que no existían al adoptar el Código, se ha optado por dos caminos:

El primero, era introducir los medios de prueba nuevos como especies de medios de prueba, pues, la ley establece géneros (artículo 341). Así las fotografías eran tipos de instrumentos.

La otra forma, era incorporar el medio de prueba no aceptado en la ley, a través, de un medio de prueba si aceptado. Así puedo hacer que un Juez mediante una inspección personal pueda revisar un vídeo, otorgándole valor a dicho medio audiovisual.

Estas maniobras jurídicas, a propósito de las reformas procesales, ya no son necesarias, pues, en materia penal, familia y laboral; existe la libertad de medios de prueba. Podemos plasmar este principio mediante el enunciado del destacado jurista inglés **Jeremías Bentham**, que dice refiriéndose a los medios de prueba que: *“Todo lo que prueba es prueba, aunque dogmáticamente no sea prueba”*²¹. Esto significa que un hecho se puede probar a través de cualquier medio, que sirva para acreditar un hecho y que no le corresponde a la ley o al legislador reconocer o crear medios de prueba.

4.- Valor Probatorio de los Medios de Prueba.

²¹ Citado por Luis Muñoz Sabaté, Curso de Probática Judicial. Ed. La Ley España (Bizakaia). 1º Ed. 2.009, Pag. 44.

4.1.- Prueba impertinente: Es aquella prueba que no corresponde a los hechos pertinentes, controvertidos ni sustanciales del proceso.

4.2.- Prueba inadmisibile: Es la prueba, o mejor dicho, corresponde a un medio de prueba prohibido o limitado por oportunidad, en la ley. En Chile no puede probarse por testigos un hecho que ha debido constar por escrito²².

4.3.- Prueba plena: Es aquella, que por sí sola, puede dar por acreditado un hecho litigioso.

4.4.- Prueba semi-plena: Aquella que no basta por sí sola para acreditar un hecho litigioso, pero, en compañía de otros medios de prueba, puede acreditar el hecho litigioso. Por ejemplo, la declaración de un testigo (384 n° 1).

5.- Los Medios de Prueba en Particular.

A continuación examinaremos cada uno de los medios de prueba que el Código de Procedimiento Civil establece, su forma de rendición y valoración.

5.1.- La instrumental.

El instrumento es: *“...objeto normalmente escrito, en cuyo texto se consigna o representa alguna cosa apta para esclarecer un hecho o se deja constancia de una manifestación de voluntad que produce efectos jurídicos²³.”*

Según la anterior definición, podemos incorporar en los instrumentos las fotografías u otro medio físico que represente la realidad.

Incluso, actualmente nuestro Código de Procedimiento Civil, mediante la reforma de fecha 12 de noviembre de 2.007 (ley n° 20.217), incorporó los documentos digitales (art. 342 n° 6 CPC).

²² Leer artículos 1.708, 1.709 y 1.711 del Código Civil.

Clasificación.

Existen varias clasificaciones respecto de esta prueba, pero, solo veremos la más importante:

a) La clasificación tiene que ver con sus solemnidades y si interviene algún funcionario público en su emisión. Así, tenemos:

a.1.- **Instrumentos públicos:** Son los otorgados por competente funcionario público, con las solemnidades que indica la ley.

a.2.- **Instrumentos privados:** No tienen solemnidades determinadas por la ley y no son otorgados por funcionarios públicos.

Características.

a) Es un medio de prueba pre-constituido. Significa que la parte lo crea antes del conflicto.

b) Es un medio de prueba indirecto. Implica que el Tribunal aprecia los hechos a través del instrumento.

c) Por regla general, su valor probatorio es plena prueba

5.1.1.- Los instrumentos públicos.

El instrumento público está regulado en el artículo 1.699 inc. 1º del Código Civil, en adelante CC: *“Instrumento público o auténtico es el autorizado con las solemnidades legales por el competente funcionario.”*

Requisitos: - Debe ser autorizado por funcionario público.

- Debe ser un funcionario competente.

- Que se cumpla con las solemnidades que la ley le impone.

²³ Eduardo J. Couture, Vocabulario Jurídico, Edic. B de F., Montevideo – Buenos Aires, 4º Ed 2.013, pag. 284.

Especies de instrumentos públicos:

1. Copias autorizadas por el secretario municipal de un documento de los archivos municipales.
2. Certificado de dominio vigente otorgado por el Conservador de Bienes Raíces.
3. Copia de la demanda que el receptor entrega al demandado.
4. Copia de escritura pública.
5. Partida de nacimiento otorgada por el Registro Civil.

La Escritura Pública.

Es el instrumento público que tiene requisitos más exigentes y, que la ley exige para ciertos contratos (compraventa de bienes inmuebles).

Según el art. 403 del Código Orgánico de Tribunales en adelante COT, señala: “*Es el instrumento público o auténtico otorgado con las solemnidades que fija esta ley, por el competente notario, e incorporado a su protocolo o registro público*”.

Ahora, si un notario otorga una escritura fuera de su competencia, comete delito.

Requisitos copulativos de las escrituras públicas.

1. Otorgada ante competente notario.
2. Otorgada con las solemnidades legales (art 403, 404-414 COT).
3. Incorporada a un protocolo o registro público.

Protocolo: Es un libro o registro público, que debe llevar el notario, que se lleva insertando las escrituras en un orden numérico correlativo que le hubiere correspondido a esta escritura en el llamado repertorio (otro libro o registro).

Matriz: Documento original en el cual han estampado su firma las partes y el notario autorizante, siendo ingresada esta matriz al protocolo.

Copias o Traslados: son aquellas otorgadas a las partes, autorizadas por el notario, siendo copia fiel de la matriz.

Instrumentos protocolizados y autorizados.

Instrumentos protocolizados: Es el documento que se incorpora a un registro público” ejemplo: La compraventa de un automóvil, que se incorpora al registro protocolo de un notario.

Instrumentos autorizados: Es el instrumento privado que se le pide al notario que haga una copia fiel del original.

El instrumento protocolizado.

El art 415 COT, nos señala que es la protocolización.

El instrumento protocolizado adquiere fecha cierta.

El artículo 418 del COT, nos indica que se desglosan o sacan del protocolo los instrumentos solo mediante autorización judicial.

Los instrumentos privados autorizados.

Los instrumentos privados autorizados (art 401 n° 10 y 405 COT). En este caso el notario abona con su firma, generalmente la suscripción de este instrumento privado. La certificación señala: “firmó ante mí”.

Lo anterior implica una presunción de veracidad en la suscripción del documento, pero esto admite prueba en contrario, aunque hacerlo es muy difícil.

En ciertos casos, la ley exige esta certificación, como en el caso de las letras de

cambio y pagarés, para que se constituyan en títulos ejecutivos perfectos (art. 434 n° 4 inc. 2 CPC).

Aspectos Procedimentales de la Prueba.

1. *En cuanto a la iniciativa:*

a.- Prueba voluntaria; depende de la voluntad de cada parte, que determina el momento en que se estime conveniente valerse de la prueba.

b.- Prueba forzada; en ciertos casos, las partes deben aportar las pruebas bajo pena de producirse los efectos que la ley señala por haber sido requeridos, para ello, a petición de la parte contraria. Ejemplo: La Ley 14.908 Sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias, exige que se acompañe documentación que dé cuenta de los ingresos del demandado.

Instrumentos considerados como públicos en juicio.

Esta materia está tratada en los artículos 342, 343, 344 del CPC.

El artículo 342 indica que son instrumentos públicos:

1°. Los documentos originales;

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

3°. Las copias que, obtenidas sin estos requisitos, no sean objetadas como inexactas por la parte contraria dentro de los tres días siguientes a aquel en que se le dio conocimiento de ellas;

4°. Las copias que, objetadas en el caso del número anterior, sean cotejadas y halladas conforme con sus originales o con otras copias que hagan fe respecto de la parte contraria; y

5°. Los testimonios que el tribunal mande agregar durante el juicio, autorizados por su secretario u otro documento generado funcionario competente y sacado de los originales

o de copias que reúnan las condiciones indicadas en el número anterior.

6°. Los documentos electrónicos suscritos mediante firma electrónica avanzada.”

Forma en que se acompañan al juicio los documentos e instrumentos públicos.

Se acompañan por las partes y, se deben tener por acompañados con la fórmula que se denomina: “con citación”, contra quien se presente.

Acompañar con citación, conforme al artículo 69 CPC; significa que se tienen tres días para ser objetado.

Valor probatorio de los instrumentos públicos.

Los instrumentos públicos son bastante importantes, porque respecto de ciertos hechos, constituyen plena prueba.

Constituyen plena prueba respecto de cualquier tercero y respecto de las partes:

- a) El hecho de haberse otorgado.
- b) En cuanto a la fecha de otorgamiento.
- c) En cuanto, a la identidad de las personas que los suscriben.
- d) En cuanto, al hecho de haberse practicado esas declaraciones por las partes.

En cuanto, a la veracidad de las declaraciones, el instrumento público, no hace plena prueba (respecto de terceros), pero si la hace en contra de los declarantes. Conforme a lo que sigue:

La veracidad de las declaraciones en un instrumento público.

Respecto de la veracidad de las declaraciones contenidas en el instrumento público, se distingue:

a) Si las efectúa un funcionario público, hace plena fe respecto a las partes y terceros en los siguientes casos:

- Respecto de los hechos provenientes del propio funcionario público (hay presunción de veracidad). Ej.: En el testamento abierto, queda constancia que fue leído a los testigos, y esto lo hace un notario.
- Hace plena prueba, respecto de los hechos que el funcionario público percibe con sus sentidos. Ej.: En la escritura “y pago el precio integro ante mí”.
- Pero, no hace plena fe sobre meras apreciaciones.

b) Veracidad de las declaraciones respecto de las partes, se distingue:

b.1.- Las declaraciones dispositivas. Son aquellas partes del acto jurídico, en que se deja constancia de sus elementos esenciales, del cual las partes han querido dejar constancia en el instrumento. Se supone que en estas declaraciones las partes pusieron mayor atención. Por ejemplo, en el caso del precio y cosa en una compraventa, o el hecho de haberse pagado el precio con anterioridad.

b.2.- Las meramente enunciativas. Son aquellas partes del acto jurídico, en que las partes hacen referencia a elementos accidentales del acto jurídico, que el instrumento público contiene. Ejemplo: Si se declara que se pagó con dineros de un tercero.

Solución dada por la doctrina en cuanto valor probatorio:

- Respecto del instrumento público, hace plena fe, en cuanto al hecho de haberse realizado las declaraciones; pero no su veracidad.

- Conforme al art 1.698 del Código Civil, la normalidad es que las personas digan la verdad. Ambas, por lo tanto, se presumen veraces. (dispositivas, meramente enunciativas).
- En cuanto a las dispositivas, constituyen plena prueba, respecto de los declarantes, en cuanto a su veracidad; sea que se invoque una parte contra la otra, o un tercero contra una parte; el argumento es que las partes al realizar el instrumento público, en las declaraciones dispositivas es donde ponen mayor atención.
- La veracidad de las cláusulas dispositivas, hacen fe respecto de las partes, y lo enunciativo hace fe de las partes cuando está íntimamente relacionado con lo dispositivo.
- Las meramente enunciativas que no estén relacionadas con lo dispositivo, no hacen plena fe entre las partes y, pueden ser tomados como presunción judicial. Esto según el artículo 1.706 del Código Civil.
- Los tribunales han entendido que la veracidad de un instrumento público, hacen fe solo respecto de los declarantes.

Como se impugna el instrumento público.

La impugnación es la actividad destinada a lograr el rechazo de la fe probatoria de este instrumento.

Tres son las causas de impugnación:

- **Nulidad.**
- **Falta de autenticidad o falsedad de instrumento público.**
- **Falta de integridad.**

Nulidad:

Tiene que ver con lo dispuesto en el art. 1.699 Código Civil, que define lo que es instrumento público, y puede ser nulo por:

1. Deficiencia de participación o intervención del funcionario público correspondiente.
2. Omisión de alguna de las formalidades previstas para su otorgamiento. Ej.: Cuando el notario actúa fuera de su competencia (art 402 y ss. COT); no cumple con los requisitos de escritura. Acá cae el instrumento público y los efectos que genera, o la prueba que se funda en el instrumento público.

Para probar la nulidad respecto de los instrumentos públicos, se pueden impugnar por cualquier medio, la ley no establece lo contrario (es la regla general), pero el art 429 CPC, establece la forma de anular una escritura pública por prueba testimonial.

Art.429 C.P.C: La escritura pública se puede anular con la declaración de cinco testigos, que digan que quien suscribe la escritura pública, ha fallecido antes del acto, o a estado fuera del lugar por seis meses luego del acto.

Falta de autenticidad o falsedad de instrumento público:

Quiere decir que, el instrumento público no es auténtico, por lo tanto, es falso por:

- a) No haber sido autorizado por el funcionario que allí aparece.
 - b) No ha sido otorgado por las partes que allí aparecen.
 - c) Que las declaraciones contenidas allí son falsas. Art 704 n° 1 y 3 CC. Y art. 1.876 CC.
- También el instrumento público puede ser falso por las normas de los art. 193 y 194 del Código Penal, en adelante CP.

Falta de integridad:

El instrumento público acompañado al proceso, puede no estar completo; se puede haber acompañado de forma parcial, pues, podría perjudicar a la parte que lo acompaña si se acompaña íntegro. En estos casos se puede impugnar o acompañar por la contraria de manera íntegra.

Falta de veracidad de las declaraciones de las partes:

No es la materialidad del instrumento público, sino que se refiere a que se han hecho declaraciones que no corresponden a la verdad. Y al respecto, puede ocurrir que lo señalado no corresponda a lo declarado por los declarantes, ya sea por error, dolo, o simulación. En este caso, para quitar valor probatorio y se puede impugnar por cualquier medio de prueba. Pero no estamos hablando de impugnación, sino, más bien de valoración de la prueba.

Procedimientos para impugnar Un instrumento público.

- Por la vía principal; abriendo un proceso para pedir la declaración de nulidad del instrumento público.
- Por la vía incidental; generando el incidente correspondiente una vez que ha sido acompañado
- Con citación el instrumento (como incidente).

Momento en que se acompañan los instrumentos.

Los instrumentos según lo que dispone el artículo 348 del CPC, se acompañan en cualquier momento del juicio, es decir, desde la presentación de la demanda, el escrito de interposición de dilatorias o contestación y, hasta el vencimiento del probatorio. En segunda instancia, hasta antes de la vista de la causa.

5.1.2- Los instrumentos privados.

Los instrumentos privados a contrario sensu de los públicos, son aquellos en que no participa un funcionario público en su confección y no tiene requisitos legales, en lo que respecta a su nacimiento a la vida del derecho.

No obstante lo anterior, siempre será necesario para que exista un instrumento privado, que al menos esté suscrito o firmado.

Nuestra legislación regula al instrumento privado fundamentalmente en:

- a) Código Civil, en los artículo 1.702 a 1705.
- b) Código de Procedimiento Civil, en los artículos 346, 795 n° 5 y 800 n° 2 principalmente.

Son ejemplos de instrumentos privados, una carta, un correo electrónico firmado físicamente o mediante firma electrónica avanzada, un cheque, una letra de cambio, un finiquito laboral; etc.

Forma en que se incorporan los instrumentos privados.

Los instrumentos privados se acompañan bajo el apercibimiento del artículo 346 n° 3 del CPC., lo que significa que la parte contraria en el juicio, tiene un plazo de seis días para plantear un incidente respecto del valor probatorio del instrumento privado. Pero según se desprende de los artículos 795 n° 5 y 800 n° 2 del CPC, el instrumento privado emanado de un tercero debe acompañarse con citación, es decir, concediéndose un plazo de tres días para que sea objetado.

Valor probatorio de los instrumentos privados.

Estos instrumentos, no tienen la presunción de veracidad de los instrumentos públicos, por lo que para que tengan valor probatorio, deberán ser reconocidos por la parte de la cual emana, ya sea, de forma expresa o tácita (cuando no se manda tener por reconocido).

Tratándose de los instrumentos privados otorgados por terceros, dichos terceros deberán reconocer dichos instrumentos, a través de la prueba testimonial que se rinda en el proceso.

De todas formas, hay que tener presente que por mucho que un instrumento privado, no haya sido objetado o haya sido reconocido por el tercero del cual emanó, el Tribunal Civil deberá valorar conjunta y comparativamente todos los medios de prueba

que se hayan rendido en el proceso.

5.2.- La Testimonial.

Cuándo se aborda este medio probatorio en clases, tiendo a introducir la materia, señalando: “Estamos ante la prueba más importante de nuestro sistema...”, para luego señalar: “Pero es la prueba menos importante (menos confiable) de nuestro sistema.” Con esto, logro captar la atención de los alumnos y algunos creen estar frente a un enigma, como el de Edipo frente a la Esfinge²⁴.

Pero no es solo un recurso pedagógico, sino, que es cierto. La testimonial, es una de las pruebas más importantes (sino la más), pues, el derecho en sí, se explica por la existencia del otro (alteridad). En esa medida, lo que se realiza, se obra en presencia o a propósito de los demás. Para que decir en materias penales, en que el autor de un delito busca evadir la presencia de otros, pero, siempre existe la persona en el lugar y momento equivocado. Son muchos los casos en que testigos casuales han dado lugar a condenas bulladas. Entonces, la testimonial como prueba es muy importante, porque muchas veces es el único medio de prueba que existe a disposición de las partes y el Juez.

También está la otra parte, ya que la testimonial, es una prueba muy manipulable y frágil como se verá más adelante. Entonces, muchas veces no será confiable.

Todo esto no era desconocido para el culto legislador del S. XIX. En el mensaje del ejecutivo de nuestro Código Civil en el párrafo n° XXXVII se indica: “*Conocida es en las poblaciones inferiores la existencia de una clase infame de hombres, que se labran un medio de subsistencia en la prostitución del juramento. Algo tímidas parecerán bajo este punto de vista las disposiciones del proyecto; pero se ha recelado poner trabas a la facilidad de las transacciones, y se ha creído más prudente aguardar otra época en que, generalizado por todas partes el uso de la escritura, se pueda sin inconveniente reducir*

²⁴ "Adivina este acertijo," le dijo la Esfinge a Edipo, "o encontrarás tu muerte: ¿Cuál es la criatura que en la mañana camina en cuatro patas, al medio día en dos y en la noche en tres?" Edipo miró a la Esfinge y le respondió: "El hombre. En su infancia gatea con sus manos y rodillas, que es como tener cuatro pies. Cuando es un adulto camina en dos pies. Y en el anochecer de su vida, cuando es un anciano, usa un bastón, lo que equivale a caminar en tres pies."

a más estrechos límites la admisibilidad de la prueba verbal.”

Los problemas de la prueba testimonial.

Aún no se ha definido lo que es un testigo, ni lo que es la prueba testimonial, pero, el estudiante ya puede avizorar los problemas de esta prueba. La falsedad, es el primer problema de este medio de prueba.

En el ejercicio profesional, creo que no existe una frustración mayor que la de estar escuchando la declaración de un testigo de la contraparte y, oír una montaña de embustes de la peor especie (y saber que miente...), quizá, ser el único en la sala que sabe a ciencia cierta que el testigo miente, pero, no poder demostrarlo al Tribunal. Esto se agravará si una persona (nuestro cliente imputado) resulta condenado por dicho testimonio, o se accede a una demanda o se rechaza aquella, por la declaración de uno o más testigos que han faltado a la verdad (eufemismo²⁵ usado por los abogados para referirse al mentiroso).

Los párrafos anteriores, parecen un tanto dramáticos, pero, son esenciales para introducirnos a los problemas que genera la testimonial. Ahora, si les digo que manejando las normas que regulan la testimonial, se podrá excluir la declaración de un testigo falso, se le restará valor probatorio o hasta incluso se podrá descubrir la mentira y a su autor. Esta es la importancia de manejar muy bien las normas de la testimonial.

Pero adentrémonos en otro problema de esta prueba, que es: “El Testigo” que es una persona y no todas las personas son iguales, no todos tienen buenos sentidos, memoria o aplomo al momento de declarar; etc. El destacado profesor Juan Montero Aroca, lo grafica así: *“El legislador ha querido garantizar la efectividad de esta prueba exigiendo determinados requisitos de admisibilidad, ante la alta probabilidad de que sus resultados no sean fiables. Ello, por diversas razones: No todos los testigos poseen la misma inteligencia, no todos son capaces de percibir los hechos con la misma intensidad,*

²⁵ Un **eufemismo** es una palabra menos ofensiva que sustituye a otra palabra de mal gusto que puede ofender o sugerir algo no placentero o peyorativo al oyente. También puede ser la palabra o expresión que sustituye a nombres secretos o sagrados para evitar revelar estos a los no iniciados. Algunos eufemismos tienen la intención de ser cómicos. Se produce cuando se pretende usar palabras inofensivas o expresiones para desorientar, evadir, o evitar hacernos conscientes de una realidad cruda y desagradable. A menudo el propio eufemismo pasa a ser considerado vulgar con el tiempo para ser sustituido de nuevo. Cabe indicar que el eufemismo no siempre reemplaza palabras de la jerga en un idioma, sino que muchas veces sustituye palabras aceptadas en el uso normal pero que por alguna razón se consideran tabúes, o al menos que pueden ser rechazadas o molestas para una parte de la población.

*ni tienen la misma memoria o capacidad de retención, incluso no todos los jueces son capaces de discernir exactamente igual los resultados probatorios testimoniales*²⁶.”

Ahora, después de mencionar algunos problemas de la testimonial, podemos iniciar su estudio en materia civil, aunque de manera superficial, dado la naturaleza de este trabajo.

Qué es la testimonial y qué no es testimonial.

La prueba testimonial, es en esencia, la declaración de un tercero ajeno al juicio, que declara hechos que pertenecen al proceso (pertinente, controvertido y sustancial), porque los conoce, ya sea, porque los ha percibido con sus sentidos o, los ha conocido a través del dicho de una de las partes o, de otro tercero.

En cuanto al origen etimológico de la palabra testigo, podemos aludir al latín clásico *testis*, -is procede etimológicamente de un arcaico *tristis*, que significa literalmente “el que está como tercero”, compuesto de *tri*—“tre” y *sto, stare* “estar, estar de pie”. En su origen, el testigo era una tercera persona que intervenía en el juicio, además de las partes²⁷.

También podría encontrarse su origen en el griego arcaico, con la significación: “del que acompaña”.

Entonces podemos decir que, el testigo es una persona, que es tercero en el proceso y para nuestra legislación procesal civil, además imparcial, que declara en un juicio acerca de hechos del mismo y, que los conoce por haberlos percibido con alguno (s) de sus sentido (s) o por haberlos escuchado de alguna de las partes o de otro tercero.

Por otra parte, nuestro sistema procesal penal, trata la declaración de la víctima de la misma forma que la declaración de testigos. Esto, no significa que la víctima sea testigo en el sistema procesal penal. Es solo un antecedente a valorar al momento de dictar sentencia. Conforme a lo expuesto, podríamos decir que la declaración de la víctima técnicamente solo podría ser otro tipo de prueba, cercana a la confesional, pero no es propiamente confesional, pues, dicha declaración es valorada en materia penal por sobre lo que perjudica a la víctima.

²⁶ Juan Montero Aroca, Derecho Jurisdiccional II, Edic. Tirant Lo Blanch, Valencia, España 9º Ed. Año 2.000, pag. 321.

²⁷ Eduardo J. Couture, Vocabulario Jurídico, Edic. B de F., Montevideo – Buenos Aires, 4º Ed 2.013, pag. 698.

En suma, la testimonial es la declaración de un tercero ajeno a las partes e imparcial (sin vínculo de interés en favor o en contra de alguna parte). Jamás la declaración de una parte podrá ser considerada como testimonial. Por último, las reformas procesales han dado preeminencia a la declaración del testigo por sobre su imparcialidad, eliminando las inhabilidades. Así se valora la declaración propiamente tal, por sobre las calidades o cualidades del declarante (testigo).

Características.

- a) La testimonial es una prueba que consiste en la declaración de personas.
- b) La testimonial, por regla general, se rinde solo en el término probatorio.
- c) La testimonial es una prueba circunstancial (se produce durante el proceso).
- d) La testimonial es la única prueba en materia civil que debe ser ofrecida para luego ser rendida.
- e) La testimonial a pesar de rendirse en una audiencia y, por lo tanto de forma oral, debe ser contenida en un acta (escrita), por lo que rige la protocolización.
- f) Los testigos en materia civil para que puedan acreditar el hecho, deben ser hábiles.
- g) La testimonial puede constituir ninguna prueba, prueba semi-plena o prueba plena.

Clasificación.

1.- *Según la calidad de los testigos, Existen de 3 clases:*

a) **Los testigos presenciales:** Son aquellos que han estado física y mentalmente presentes en el momento en que acaecieron los hechos. Es decir, aquellas personas que han captado un hecho pertinente, controvertido y sustancial, a través de alguno de sus sentidos.

b) **Los testigos de oídas:** Son aquellos que conocieron los hechos (del proceso), a través del dicho de una de las partes o un tercero.

c) **Testigos instrumentales:** Son los que intervienen en la suscripción de un documento, acreditando la veracidad de la firma de los otorgantes de acuerdo a la ley.

2.- Según la calidad o circunstancias sobre los hechos que declare:

a) Testigos contestes: Son los que están de acuerdo en el hecho y sus circunstancias esenciales.

b) Testigos singulares: Éstos están de acuerdo en el hecho, pero difieren sobre las circunstancias esenciales que lo rodean. Esta singularidad puede ser diversificada; los testigos que declaran sobre hechos diversos que no son excluyentes entre sí o acumulativa, y testigos que declaran sobre hechos sucesivos que se complementan.

A su vez, esta singularidad puede ser adhesiva u optativa; si un testigo está declarando en contraposición a otro testigo o de acuerdo con otro u otros.

3.- según la capacidad del testigo en juicio:

a) Testigos hábiles: Son aquellos que reúnen todo los requisitos legales para que su declaración produzca efectos en el proceso. Son testigos respecto de los cuales no existe inhabilidad establecida por la ley. Estos son la regla general art. 356.

b) Testigos inhábiles: Son aquellos que no reúnen los requisitos para que su declaración tenga valor en juicio, por afectarles una inhabilidad o por haber sido esta inhabilidad declarada por un tribunal competente. Se hacen valer mediante lo que se denominan tachas, y son hechas antes que el testigo declare y después de su individualización; y son resueltas en sentencia definitiva.

Limitaciones.

El artículo 1.708 en relación con el artículo 1.709, ambos del Código Civil, limita la prueba testimonial, es decir, la excluyen. Se limita la testimonial, tratándose de obligaciones que han debido constar por escrito. Deben constar por escrito los actos y

contratos que contengan la entrega o promesa de entrega de una cosa que valga más de dos Unidades Tributarias Mensuales (UTM)²⁸. A mayo de 2.019 dos UTM equivale a \$97.482.-

Pero, si se puede probar por testigos ese acto o contrato cuando:

- a) Exista un principio de prueba por escrito, como puede ser una boleta, factura, guía de despacho; etc.
- b) Cuándo no haya sido posible obtener prueba por escrito.
- c) Entre comerciantes (art. 128 Código de Comercio).
- d) En el caso del depósito necesario (Arts. 2.237, 2.241 y 2.248 CC.).

En Segundo lugar, La ley n° 18.287 que establece el procedimiento ante los Juzgados de Policía Local, en su artículo 12, limita la testimonial respecto de un acto o contrato que sirva de título translaticio de dominio de un vehículo motorizado, como así también, la fecha de dicho título.

La razón de la norma anterior, es evitar que los propietarios de vehículos motorizados, escamoteen o diluyan su responsabilidad por los daños que se puedan causar con dichos móviles.

La norma señala que, la única forma de acreditar la fecha y el acto o contrato translaticio de dominio de un automóvil es, a través de instrumento público o instrumento privado protocolizado. Excluyéndose la testimonial a falta de esos instrumentos.

Iniciativa y oportunidad.

La iniciativa respecto de la testimonial y pensando que en materia civil rige el principio dispositivo, corresponde a las partes; ya sea, como medida prejudicial probatoria o durante el probatorio (ordinario, especial o extraordinario).

La oportunidad, como se ha venido diciendo durante el término probatorio, es posible rendir todo tipo de pruebas, entre ellas la testimonial.

²⁸ La Unidad Tributaria Mensual a mayo de 2.019 vale \$48.741.-

Pero, revisemos las excepciones:

- a) Iniciativa y oportunidad:** Excepcionalmente conforme al artículo 159 n° 5 CPC, puede el Juez decretar la prueba testimonial como medida para mejor resolver, pero, para ello:
- a.1.-** Solo procede respecto de testigos que hayan declarado en el proceso.
 - a.2.-** Solo pueden ser nuevamente citados, para que aclaren sus dichos oscuros durante el probatorio. Eso significa que, si no declararon en el juicio, no pueden ser citados como medida para mejor resolver.

La prueba en segunda instancia (en especial la testimonial).

El epígrafe sirve para demostrar algunas cosas respecto de la segunda instancia. La primera, es la naturaleza de la segunda instancia. La segunda instancia, no es un nuevo juicio, pues, las pruebas por regla general no se pueden rendir libremente como lo es en primera instancia (que es realmente el proceso en sí).

Despejada esta incógnita, tenemos que la prueba no se puede rendir libremente durante la segunda instancia; ésta segunda instancia es más bien un momento de revisión de lo actuado en primera. Libremente solo se puede rendir en segunda instancia, la prueba que genera menos problemas de rendición, que es la instrumental.

La norma de clausura respecto de la rendición de prueba en segunda instancia, es el artículo 207 del CPC, que indica que en principio en segunda instancia no se puede rendir prueba.

Abordando la posibilidad de rendir testimonial en segunda instancia, según lo que expone el artículo 207 de CPC, podemos decir:

- a)** Solo procede como medida para mejor resolver. Es decir, solo a iniciativa de la Corte.
- b)** Procede solo respecto de hechos no comprendidos en los hechos rendidos en primera instancia.
- c)** Siempre que la testimonial no haya podido ser rendida en primera instancia.
- d)** Por último, los hechos a probar, deben ser considerados por la Corte como estrictamente necesarios, para la adecuada resolución del proceso.

Según lo expuesto, parece, bastante complejo que se rinda prueba testimonial en segunda instancia.

Habilidad e inhabilidades de los testigos.

Este tema tiene que ver con una de las clasificaciones de los testigos. Dicha clasificación, los divide en testigos hábiles e inhábiles.

La regla general es que cualquier persona sea hábil para declarar, siendo las inhabilidades la excepción. A continuación, examinaremos las inhabilidades para declarar.

Las incapacidades absolutas.

Son aquellas por las cuales, los testigos no pueden declarar en ningún proceso y, se encuentran en el artículo 357 CPC. Los fundamentos para ello, son:

- a) La falta de capacidad mental para percibir hechos.
- b) La falta de capacidad para expresarse.
- c) Que concurren respecto del testigo, antecedentes que hagan que su honestidad o credibilidad sea dudosa.

Defecto, capacidad mental, falta de madurez o falta capacidad para expresarse a) y b).

La falta o defecto en la capacidad mental del declarante, está tratada en los numerales 1 al 5 del art. 357 CPC.

Así, el art. 357 C.P.C señala: *“No son hábiles para declarar como testigos:*

1° Los menores de catorce años. Podrán, sin embargo, aceptarse las declaraciones sin previo juramento y estimarse como base para una presunción judicial, cuando tengan discernimiento suficiente;

2° Los que se hallen en interdicción por causa de demencia;

3° Los que al tiempo de declarar, o al de verificarse los hechos sobre que declaran, se hallen privados de la razón, por ebriedad u otra causa;

4° Los que carezcan del sentido necesario para percibir los hechos declarados al tiempo

de verificarse éstos:

5° Los sordos o sordo-mudos que no puedan darse a entender claramente;”

Antecedentes que hagan dudosa la credibilidad del testigo c).

Estos antecedentes, los podemos encontrar en los numerales 6, 7, 8 y 9 del artículo 357 CPC. Acá, podemos apreciar que para nuestro sistema procesal civil, es necesario, que el testigo sea imparcial y su declaración sea totalmente neutra en relación a las partes. Cualquier antecedente negativo, grave, aunque del pasado, puede ensombrecer su declaración.

Así los numerales del art. 357 CPC, señalan: *“No son hábiles para declarar como testigos:*

6° Los que en el mismo juicio, hayan sido cohechados, o hayan cohechado o intentado cohechar a otros, aun cuando no se les haya procesado criminalmente;

7° Los vagos sin ocupación u oficio conocido;

8° Los que en concepto del tribunal, sean indignos de fe por haber sido condenados por delito; y

9° Los que hagan profesión de testificar en juicio.”

Obviamente, respecto de estas inhabilidades absolutas, la jurisprudencia ha dicho que el cesante no está dentro de los vagos, que aquellos que hayan sido condenados por delitos que no se refieren al fraude o engaño no se le aplicarían éstas inhabilidades.

Las inhabilidades o incapacidades relativas.

Estas incapacidades solo se refieren a determinadas situaciones que se produzcan, solo, en determinado juicio; siendo el testigo, hábil para declarar en otro proceso en que dicha inhabilidad no se produzca.

Estas inhabilidades están tratadas en el **artículo 358 CPC.**

Las razones que fundan éstas inhabilidades son:

a) Parentesco (con alguna de las partes).

b) Dependencia.

- c) Interés en el juicio.
- d) Enemistad o amistad.

El artículo 358 C.P.C señala: *“Son también inhábiles para declarar:*

1º. El cónyuge y los parientes legítimos, hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, de la parte que los presenta como testigos;

2º. Los ascendientes, descendientes y hermanos ilegítimos, cuando haya reconocimiento del parentesco que produzca efectos civiles respecto de la parte que solicite su declaración;

3º. Los pupilos por sus guardadores y viceversa;

4º. Los criados domésticos o dependientes de la parte que los presente.

Se entenderá por dependiente, para los efectos de este artículo, el que preste habitualmente servicios retribuidos al que lo haya presentado por testigo, aunque no viva en su casa;

5º. Los trabajadores y labradores dependientes de la persona que exige su testimonio;

6º. Los que a juicio del tribunal, carezcan de la imparcialidad necesaria para declarar, por tener en el pleito interés directo o indirecto; y

7º. Los que tengan íntima amistad con la persona que los presenta o enemistad respecto de la persona contra quien declaren. La amistad o enemistad, deberán ser manifestadas por hechos graves que el tribunal calificará según las circunstancias.”

De lo expuesto, queda claro lo dicho anteriormente, en lo referente a que el actual sistema, valora no solo el testimonio, sino, que también al testigo como persona. En ese sentido, el testigo no debe tener ningún favoritismo o vinculación negativa o positiva respecto de ninguna de las partes.

De todas formas, nuestra jurisprudencia ha acotado las inhabilidades relativas de la siguiente forma:

Por ejemplo, respecto de los testigos, el interés debe ser pecuniario. Esto es, que el testigo se ve beneficiado con el resultado del juicio, como si el testigo fuera a tocar un porcentaje del resultado del proceso. No basta el hecho que dicho testigo sea remunerado por quien lo presenta, pues, es uno de los derechos de los testigos cobrar los gastos que le genere ir y declarar en el juicio. Como podría ser que se le paguen los gastos de

traslado y del día de trabajo perdido.

La causal de inhabilidad de íntima amistad o enemistad, tiene que ver con antecedentes serios de la misma, por ejemplo, el haber declarado el testigo que fue o es compañero de trabajo, no lo convierte de forma instantánea en un amigo íntimo. Eso sí, que obviamente los convivientes pueden caer en esta inhabilidad.

Tratándose de la inhabilidad del n° 4 (dependientes o criados). Nuestro Código se refiere a las relaciones laborales, en un ámbito formal o en el ámbito doméstico. Entonces, una relación de prestación de servicios civiles, no cabría en este numeral. Nuestro Código Procesal Penal, ha eliminado toda inhabilidad, estableciendo formas especiales de interrogar a testigos, que sean menores de edad y con limitaciones, como se indica en los arts. 310 y 311 de dicho Código. Lo mismo se puede decir en materia de familia y laboral.

Paralelo entre inhabilidades absolutas y relativas de los testigos.

1. En cuanto al valor probatorio pueden ser casi idénticos. Y pueden:

- O no producir ninguna prueba.
- O ser base de una presunción judicial.

La declaración de un menor de 14 años, puede servir de base de una presunción judicial.

2. Los testigos tachados conforme al art. 358 CPC, no obstante estén tachados, pueden declarar si se insiste en ello, y en la sentencia podrían llegar a constituir presunción judicial. Art 384 CPC.

Pero, la diferencia más importante entre inhabilidad absoluta y relativa está, en que, los testigos que padecen una inhabilidad absoluta de forma notoria, pueden ser repelidos por el juez de oficio. Por ejemplo, el testigo llega ebrio. El Juez o la parte puede pedir que no declare (art. 375 CPC).

Sin embargo, las inhabilidades relativas, no obstante producirse y ser notorias, si la parte que presenta al testigo insiste en preséntalo, debe ser tomada igualmente su declaración, y el juez no lo puede repeler de oficio, y por lo tanto, menos a petición de

parte; ya que esa declaración, puede servir para constituir una base para una presunción judicial.

3. Las inhabilidades absolutas son irrenunciables; las inhabilidades relativas son renunciables y dicha renuncia se denomina “purgas de tachas” art. 358 inc. final C.P.C.

Obligaciones de los Testigos.

Los testigos, tradicionalmente tienen tres tipos de obligaciones, a saber:

1. Están obligados a comparecer.
2. Están obligados a declarar.
3. Están obligados a decir verdad.

1.- **Obligados a comparecer:** Esta obligación es la regla general para cualquier persona, es una carga pública (359).

Ahora solamente están obligados a comparecer los testigos que se encuentran dentro del territorio de competencia del tribunal (371).

Entonces analizaremos las excepciones:

El art. 361 C.P.C, nos dice que hay personas que no están obligadas a comparecer, pero si a declarar, y estos son:

1º. El Presidente de la República, los Ministros de Estado, los Senadores y Diputados, los Subsecretarios; los Delegados Presidenciales Regionales, Delegados Presidenciales Provinciales y los Alcaldes, dentro del territorio de su jurisdicción; los jefes superiores de Servicios, los miembros de la Corte Suprema o de alguna Corte de Apelaciones, los Fiscales Judiciales de estos Tribunales, los Jueces Letrados, el Fiscal Nacional y los fiscales regionales; los Oficiales Generales en servicio activo o en retiro, los Oficiales Superiores y los Oficiales Jefes; el Arzobispo y los Obispos, los Vicarios Generales, los Provisores, los Vicarios y presbíteros; y los Párrocos,

dentro del territorio de la Parroquia a su cargo;

2°. Derogado;

3°. Los religiosos, incluso los novicios;

4°. Las mujeres, siempre que por su estado o posición no puedan concurrir sin grave molestia; y

5°. Los que por enfermedad u otro impedimento, calificado por el tribunal, se hallen en la imposibilidad de hacerlo.

Como se dijo con anterioridad, estas personas si bien no están obligadas a comparecer, si deben declarar, ya sea, por escrito o en su lugar de trabajo o domicilio.

2.- Obligación de declarar: Una vez más, debemos indicar que todas las personas están obligadas a declarar, solo están exentas ciertos tipos de personas por:

A. Por el secreto profesional.

B. El parentesco.

C. El principio de no incriminación.

A.- El secreto profesional: La violación del secreto profesional es delito (art. 247 inc. 2 CP). El art. 360 C.P.C establece las excepciones: “No serán obligados a declarar:

1°. Los eclesiásticos, abogados, escribanos, procuradores, médicos y matronas, sobre hechos que se les hayan comunicado confidencialmente con ocasión de su estado, profesión u oficio;

B.- El parentesco; art 360 n° 2 C.P.C. Las personas expresadas en los números 1°, 2° y 3° del artículo 358. Estamos hablando del cónyuge, hermanos y parientes en toda la línea recta; etc.

C.- El principio de no autoincriminación: El art 360 n°3 C.P.C; Los que son interrogados acerca de hechos que afecten el honor del testigo o de las personas mencionadas en el número anterior, o que importen un delito de que pueda ser criminalmente responsable el declarante o cualquiera de las personas referidas.

3.- Obligación de decir verdad: Nadie que esté obligado a declarar, está exente del deber

de decir verdad.

La protección de esta obligación, está dada por el delito de falso testimonio, que se configura cuando de jura o promete decir verdad. El delito está tipificado en el artículo 209 del Código Penal, referido a las causas civiles por “delito de falso testimonio”

También existe el delito de falso testimonio en causa criminal, tipificado en los arts. 206-208 del CP.

Los derechos de los testigos.

La jurisprudencia ha señalado que estos son:

1. Ser citado a una audiencia determinada para declarar.
2. Que se le paguen los gastos de comparecencia, Art. 381 CPC.

Materialización de la iniciativa de las partes para rendir testimonial.

1. Número de testigos:

Pueden rendir testimonial por cada hecho, hasta seis testigos (por cada hecho manifestado en la resolución que recibe la causa a prueba). Dicha resolución contiene hechos, no puntos de prueba.

La lista de testigos, no tiene limitación, pero el día del juicio declararán aquellos que no superen la limitación anterior.

2. Para que declaren, es necesario presentar una lista de testigos con la individualización de los testigos (nombre, apellidos, profesión u oficio, y domicilio).

3. Señalar los puntos sobre los que van a declarar las personas individualizadas (esta exigencia no es necesaria, pero es conveniente); esto se denomina minuta.

Estos escritos (ofreciendo la prueba testimonial), deben ser presentados en general dentro del plazo de 5 días hábiles, en que se notifica la resolución que recibe la causa a prueba, sin embargo la regla es más compleja y se estudiará a continuación.

4. Presentación de la lista de testigos (ofrecimiento).

Como se ha dicho en materia civil, no es necesario ofrecer los medios de prueba para luego ser rendida, salvo, la prueba testimonial; que si necesita ser ofrecida mediante una lista de testigos en una oportunidad que se verá.

El artículo 320 CPC, indica la oportunidad en que se debe presentar la lista de testigos. Dicha norma fue modificada Con fecha 26 de junio de 2.007, mediante la ley n° 20.192, que modificó el inciso 1° del artículo en comento, y agregó un inciso segundo.

La normativa anterior generaba múltiples problemas, como por ejemplo, cuando se interponía el recurso de reposición respecto de la interlocutoria de prueba, pues, la norma indicaba que la lista de testigos se presentaba dentro de los primeros cinco días de vigencia del probatorio, pero, si la lista de testigos se presentaba los primeros tres días luego de notificada la resolución que recibía la causa a prueba y luego se recurría, dicha lista estaba extemporánea; por lo que había que reiterarla. Entonces la nueva normativa, eliminó este y otros problemas, quedando la norma para presentar la lista de testigos, actualmente como sigue:

1.- Plazo sin reposición. En este caso, el plazo para presentar lista de testigos comienza a contarse desde que se notifique a la parte la interlocutoria de prueba, y hasta el quinto día de notificada la última de las partes, o lo que es lo mismo hasta el quinto día de vigencia del probatorio.

2.- Plazo con reposición. El plazo comienza a contarse de igual forma desde la notificación a la parte de la resolución que recibe la causa a prueba, y hasta el quinto día luego de notificado por el estado diario la resolución que se pronuncié sobre la última de las reposiciones. Lo que es lo mismo, hasta el quinto día de vigencia del probatorio. En estos casos, si se presentó lista de testigos antes de la reposición, no será necesario reiterar la lista de testigos. Ahora, si no se presentó lista de testigos se puede presentar hasta el quinto día de vigencia del probatorio.

3.- Si se acoge reposición. Nos estamos refiriendo al siguiente caso: Si al acogerse la reposición se agrega un nuevo hecho, es posible ampliar la lista de testigos (si ella se había presentado), dentro del quinto día de vigencia del probatorio, pero, estos testigos que contiene esta lista ampliada, solo podrán declarar sobre los hechos nuevos.

Requisitos de la lista de testigos.

1. Se deben señalar los nombres y apellidos de los testigos, Art. 320 inciso 2°. La jurisprudencia ha indicado que en lo posible, se pueda colocar los dos apellidos; si no es posible, se indica "segundo apellido lo desconozco".
2. El domicilio, sirve para citarlo judicialmente, y para individualizarlo como testigo.
3. Profesión u oficio (o actividad) del testigo, también sirve para su individualización.
4. Se agrega aunque no es condición el Rut, para mayor identificación del testigo.

Por ejemplo, la Ley de Procedimientos ante los Tribunales de Policía Local Art. 12 inci. 3° (18.287), indica expresamente que si falta un requisito, puede no declarar el testigo.

Si hay una mala individualización del testigo, la jurisprudencia ha señalado:

a.- Que ello impediría que el testigo declarara, si es imposible individualizarlo (acá juega el criterio del juez).

b.- Si los errores son graves, le quitan individualidad, y no podrían declarar.

¿Ante qué tribunal deben declarar los testigos?

Los testigos deben declarar ante el tribunal en que se tramita el proceso, pero también pueden declarar ante un tribunal exhortado del domicilio del testigo. La razón es porque los testigos no están obligados a declarar fuera del territorio de competencia correspondiente al Tribunal Civil de su domicilio.

Excepción a esto, son las querellas posesorias (Art. 559 al 568 C.P.C), solo pueden declarar donde se sigue la querella.

Minuta de puntos de prueba.

La jurisprudencia ha señalado uniformemente que, la falta de minuta no impide que los testigos puedan declarar; la limitación acá, es que los hechos en que está dividida la sentencia interlocutoria que recibe la causa prueba, no pueden ser desglosados por las partes y se le interrogará acerca de los hechos que allí aparecen.

La resolución que recibe la causa prueba, fija hechos, pero no puntos; los puntos se desglosan en la minuta.

Entonces la minuta es importante para que la parte dirija el interrogatorio al testigo, pues, como se verá, el interrogatorio es dirigido por el Juez, y la posibilidad de repreguntar es limitada (solo para aclarar o ampliar).

La audiencia de prueba testimonial.

La resolución que recibe la causa prueba, fija las audiencias y las fija dentro de los últimos dos o tres días del probatorio (generalmente) Art. 369 C.P.C: “El tribunal, atendido el número de testigos y el de los puntos de prueba, señalará una o más audiencias para el examen de los que se encuentren en el departamento. Procurará también, en cuanto sea posible, que todos los testigos de cada parte, sean examinados en la misma audiencia.”).

La jurisprudencia lo entendió como trámite esencial, pudiendo reclamarse, mediante el recurso de casación en la forma, Art. 768 número 9 C.P.C.

Reglamentación de la citación judicial de los testigos:

Existen dos formas de concurrencia de los testigos al Tribunal:

- Que la parte se comprometa a hacerlos concurrir, en este caso no se puede

apercibir con arrestos.

- Y que se pida al tribunal que los cite, aquí sí pueden ser apercibidos con arrestos.

El tribunal está obligado a proveer la lista y a otorgar el apercibimiento de arresto; y si no se presenta, declarara en otra audiencia arrestado, o se puede mantener arrestado hasta que declare.

Sistemas de declaración:

Son tres sistemas:

1. Sistema de libre expresión.
2. Sistema de la declaración dirigida.
3. Sistema ecléctico.

1.- Sistema de libre expresión: El testigo declarar libre y espontáneamente lo que sabe.

2.- Sistema de declaración dirigida: El testigo responde preguntas del tribunal o las partes (sistema Chileno).

3.- Sistema ecléctico: Declarar lo que sabe y luego responder preguntas del tribunal o las partes.

En nuestro Código Procesal Penal, la interrogación es dirigida, y la dirigen las partes (Art. 329 CPP).

Lo anterior implica que, el Juez Civil dirige el interrogatorio a través de los hechos fijados en la interlocutoria de prueba, pudiendo las partes solo pedir aclaraciones, ampliaciones o restricciones a lo declarado por el testigo, y jamás pudiendo hacer preguntas para que se agregue algo que no ha dicho el testigo. Esto se desprende de los artículos 365 y 366 C.P.C.

Materialización de la prueba testimonial:

En materia civil:

- Sabiendo los **días en que se rendirá la prueba**, se debe contratar un receptor habilitado para recibir la prueba, (materia de procesal I, ver funciones de receptor como auxiliar de la administración de justicia), en esta audiencia debiera estar el juez. Si no va el abogado de la parte que presenta al testigo, no se debería tomar su declaración (por el principio dispositivo).
- **Se toma juramento al testigo** (art. 363 C.P.C).
- **La omisión del juramento genera la nulidad de la prueba** y le quita valor probatorio a la declaración (art. 384 n° 2).
- **Orden de la declaración:** Se presentan primero los testigos del demandante, que serán interrogados por la parte demandante y luego por la parte demandada (art. 364), no deben tener contacto los testigos de cada parte. Se debe tratar que los testigos de la misma parte, sean interrogados en la misma audiencia (art. 368 y 369 C.P.C).

Declaración:

- Debe ser en forma verbal, salvo que la ley le confiera otro medio.
- Es posible que declaren a través de intérpretes.
- Primero se individualiza al testigo y se le toma juramento.
- En segundo lugar, se da la palabra a la parte contraria para las preguntas de tachas (art. 357 y 358 C.P.C). La formalidad para preguntar es: “para que diga el testigo...”.
- Concluidas las preguntas de tacha, el abogado debe ver si tacha al testigo o no lo hace.
- En caso de realizar la tacha se señala al receptor: “Que la parte demandada viene a

formular una tacha...”.

- Con la tacha nace un incidente, la otra parte retira al testigo o pide que de igual forma se le tome la declaración y evacua el traslado. Este incidente es oral y se protocoliza.
- El Art. 372 y 373 C.P.C señalan que se puede tachar al testigo tres días después de su declaración. (Esto sin embargo está en desuso). Todo depende de la información que se recabe en ese plazo.
- En tercer lugar, si no hay tacha o se rechaza la tacha, o se deja para la sentencia definitiva (lo normal). El testigo procede a declarar, es interrogado por el tribunal, luego es **repreguntado** por la parte que lo presenta. Pero por lo expresado anteriormente (en cuanto al interrogatorio dirigido), solo se puede pedir que se: **rectifiquen, esclarezcan o precisen**²⁹ los hechos ya declarados. Entonces esto tiene que ver con algo que el testigo ya declaró, NO LO QUE NO HA DICHO.
- **En cuarto lugar, le corresponde conainterrogar al abogado de la otra parte** (contraparte de la que presentó al testigo). La jurisprudencia ha dicho de estas preguntas, que son trámites esenciales, y si no quieren hacerlas, se debe dejar constancia de que se tuvo la oportunidad para hacerlas.

La oposición en el interrogatorio.

Esta materia tiene que ver con la situación en que alguna de las partes estime que la repregunta o la conainterrogación, no es procedente por lo cual, alguna de las partes se opone a que se haga la pregunta. Las razones para oponerse son tres:

1. La pregunta es impertinente:

Porque no corresponde a un hecho controvertido, sustancial y pertinente; en materia penal debe hacerse antes que conteste el testigo, sino precluye el derecho.

2. Porque la pregunta es inductiva o sugestiva:

Inductiva, es la pregunta en que el testigo se limita a afirmar o negar lo que le pregunta el interrogador, haciendo suya el testigo la afirmación del abogado.

3. Hay también preguntas engañosas que también están prohibidas, porque induce a error un testigo, (en nuevo procedimiento penal).

Nota: en esta audiencia rige el principio de la protocolización y no la oralidad (Art. 370 C.P.C).

¿Cómo se puede inhibir a un abogado hostigador de un testigo propio?

El art. 88 CPC permite apercibir al abogado en el caso de perder dos incidentes en un proceso; luego de aquello, para poder incidentar debe previamente consignar una cantidad de dinero, para hacer frente a las costas por la pérdida del incidente. Se puede aplicar esta norma en el caso en que el abogado de la contraparte se oponga de forma constante a las preguntas que se hacen mediante la repregunta o contrainterrogación.

Valor Probatorio la prueba testimonial.

La prueba testimonial es mirada como la más insegura, y el legislador ha otorgado amplias facultades al juez para que la valore.

Limitación de la prueba testimonial.

1.- Declaración de un menor de 14 años: El art. 357 n° 1; el juez puede aceptarla si determina que el menor tiene discernimiento y, sólo puede servir como base de presunción judicial.

2.- Testigo de oídas: Sólo puede servir de base de una presunción judicial, sin embargo si

²⁹ Artículo 366 inciso 1° Código de Procedimiento Civil.

es respecto de lo que oyó decir a una de las partes, puede ser base para una presunción judicial y unida a otra prueba será complementaria y podrá ser suficiente para comprobar el hecho. Los testimonios de oídas, esto es, de testigos que relatan hechos que no han percibido por sus propios sentidos y que sólo conocen por el dicho de otras personas, únicamente podrán estimarse como base de una presunción judicial (art. 383).

Sin embargo, es válido 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.”

Las reglas del artículo 384.

Las reglas que rigen en Chile respecto de la valoración de la prueba testimonial (presenciales), son las contenidas en el artículo 384 del Código de Procedimiento Civil y dice:

a.- La declaración de un testigo imparcial y verídico, constituye una presunción judicial, el juez apreciará según su gravedad y precisión (426 C.P.C). Puede en casos muy especiales constituir plena prueba del hecho.

b.- la declaración de dos o más testigos contestes (de acuerdo) en el hecho y sus circunstancias esenciales, sin tacha, legalmente examinados y que den razón de sus dichos, **“podrán”** constituir plena prueba (el juez determina, siempre y cuando no haya sido desvirtuado por otra prueba.

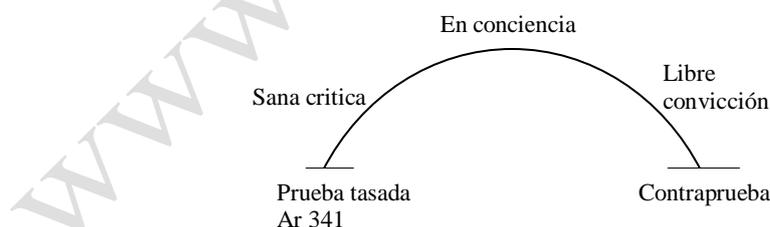
c.- cuando las declaraciones de los testigo de una parte sean contradictorios con las declaraciones de los testigos de la otra parte, se tendrá por cierto los de aquellos que aun siendo menor número, parezcan decir la verdad, (esto puede ser) porque están mejor instruidos en los hechos, que tenga mejor fama, ser más imparciales y verídico, y que sean más conformes con el mérito el proceso, (art. 160 C.P.C.). Un aforismo jurídico refiriéndose a este punto señala que: *“Los testigos se pesan, no se cuentan”*. En relación con su calidad.

1. Si tienen las mismas condiciones, los testimonios de ambas partes se tendrá por cierto, quien tenga el mayor número; si son de igual número, se anulan, o sea no se tiene por probado el hecho.
2. Si los testigos de una parte, declaran a favor de la otra parte, se entiende que son testigos de la parte que favorecen. (A esto se llama adquisición procesal de la prueba testimonial).

Porque la prueba testimonial es manipulable y débil. El art. 384 C.P.C en un principio, tenía el verbo “hará plena prueba” ,y por la debilidad de la prueba, se cambió por “podrá”, que es facultativo para el juez, pero no lo obliga (Art. 384 inciso 2° C.P.C).

La jurisprudencia ha señalado que, la valoración que se hace de los testigos, la realizan los jueces del fondo que conoce de los hechos y el derecho (de primera y segunda instancia). La Corte Suprema no puede cambiar los hechos, a menos que, se transgredan las normas de valoración de prueba.

Para adentrarnos en el sistema de valoración que nuestro Código de Procedimiento Civil adopta respecto de la testimonial, primero, debemos mirar el siguiente gráfico:



Este gráfico de izquierda a derecha, va indicando sistemas, desde el más rígido al más flexible e irracional.

Se podría decir que el sistema de valoración de la prueba respecto de los testigos,

es en conciencia...., pues, no obliga al Juez y deja al mismo, una opción de valoración según su saber íntimo.

5.3.- Prueba de Informe de peritos:

Regulación:

La regulación está en los artículos 409 al 425 C.P.C.

Que es el informe de peritos: Consiste en la opinión emitida en un proceso, por una persona que posee conocimientos especiales acerca de una ciencia o arte, acerca un hecho pertinente, controvertido y circunstancial o, de alguna circunstancia necesaria para la adecuada resolución de un asunto.

Quién es un perito: Es un tercero extraño al juicio que posee conocimientos especiales de alguna ciencia técnica o arte y, en virtud ello, le es requerida la opinión fundada acerca de un hecho controvertido o sobre un punto de derecho extranjero.

Funciones del perito:

1. Informa al tribunal de los principios generales fundados en experiencia. Ejemplo: si dos autos chocan, las velocidades se suman.
2. También comprueba hechos que únicamente pueden ser observados o comprendidos y juzgados, respecto de éstas personas que poseen estos conocimientos.
3. Extrae conclusiones de hechos que únicamente pueden ser averiguados en virtud de conocimientos profesionales o especiales conforme a reglas científicas.

Procedencia de la prueba pericial.

Esta puede ser:

- 1.- Obligatoria, o
- 2.- Facultativa.

1.- Es obligatoria en los casos en que el tribunal:

- Ordena la prueba del perito.
- Cuando la ley indica que se debe resolver en juicio práctico.
- También, cuando se ordena resolver previo informe de perito y,
- También, cuando la ley pida “informe de peritos” (Arts. 409 y 410 C.P.C).

En todos los demás casos, la prueba pericial es facultativa (Casos 411).

Ejemplo de normas en que el informe de peritos es obligatoria:

➤ **En el Código Civil artículos:**

- 314 --- Edad de un individuo que no puede establecerse.
- 460 ---- Establecer demencia.
- 848 --- casos de servidumbre.
- 1.335 --- Juicio y evaluación de partición.
- 1.998 --- Fijación de un precio.
- 2.002 ---- Ejecución de obra.
- 2.397 ---- Caso de la prenda.

➤ **En el código de procedimiento civil**

- 347.
- 350.
- 438 n° 2.
- 571.
- 602.
- 657.

2.- El peritaje es facultativo:

Es así cuando está conforme a la norma Art. 411 (esta norma señala que el derecho extranjero es un hecho) y que es facultativo cuando se necesita un conocimiento específico de una ciencia o arte.

El derecho extranjero se prueba por dos abogados que conozcan el derecho extranjero. (Esto puede suceder los contratos comerciales, por eso el derecho extranjero surte efectos en Chile).

La jurisprudencia ha indicado que el derecho extranjero se prueba, pero el alcance y la interpretación, corresponden a los tribunales chilenos.

Iniciativa para rendir la prueba pericial.

Esta iniciativa puede ser:

1. Iniciativa de parte.
2. Iniciativa de oficio.

1.- **Iniciativa de parte**, se puede ejecutar de la siguiente forma:

- a.- Como medida prejudicial probatoria (Art. 281), cuando existan peligro inminente que la prueba puede desaparecer.
- b.- Durante juicio (Art. 412), dentro del término probatorio.
- c.- En segunda instancia (Art. 207 C.P.C), se hace imposible rendir prueba pericial por las partes, y no hay otra norma que pueda avalar esta conducta, salvo el 412 C.P.C.

2.- **el tribunal de oficio tiene dos situaciones:**

- a.- Art. 412, en cualquier estado del juicio.
- b.- Como medida para mejor resolver, Art. 159 n° 4 CPC.

Nuevo sistema procesal penal.

Los peritos acá adquieren un tratamiento muy informal, tienen el mismo tratamiento de testigos y se les denominan “peritos testigos” o “testigos expertos”; esto sucede porque el procedimiento es oral, y es difícil introducir documentos (y podrán ser interrogados por ambas partes con la técnica del examen y contraexamen).

Al igual que en el sistema antiguo, la etapa de investigación sirve para formalizar al imputado (antes de someterlo a proceso durante el sumario) pero no para el juicio; acá también los fiscales pueden pedir un informe pericial durante la investigación.

En el juicio oral se ofrecen peritos en los escritos fundamentales del juicio oral:
Ejemplo:

- Acusación del ministerio público, Art. 259 letra F) C.P.P).
- También en la adhesión a la acusación que hace el querellante (Art. 261 C.P.P).
- En la contestación de la acusación por el acusado (Art. 263 letra C) C.P.P).
- Art. 314 C.P.P (Regulación informe de peritos).
- Toda la prueba se ofrece en la audiencia preparatoria de juicio oral.

Existen peritos oficiales, el instituto médico legal es uno de ellos, por el caso de autopsias (Art. 199 – 199 bis (ADN) C.P.P).

Art. 315 letra C) Inciso 2º C.P.P Incorpora el informe ADN, Alcholema y droga, sólo con mero informe.-

¿Cuándo se puede excluir la prueba pericial? o Exclusión del perito en el nuevo procedimiento penal

- 1.- Convenciones probatorias Art. 275 C.P.P. (Cuando las partes estén de acuerdo).
- 2.- Por ser una prueba impertinente, ejemplo: Un chofer no respetó señal pare, y el otro vehículo no tenía revisión técnica, es irrelevante un peritaje mecánico. Sería como realizar una pericia para certificar que a las 10:00 de la mañana hay sol en el cielo, o está claro.
- 3.- Cualquier prueba que entorpezca (puramente dilatoria, por ej. Muchos testigos que declararán sobre el mismo hecho) en juicio 276 C.P.P.

Nota: la oficialidad de los informes de ADN, recae sobre el Instituto Médico Legal y otros establecimientos autorizados, especialmente los mencionados en el Art. 199 bis C.P.P.

Requisitos para ser perito

1. Hay que tener los mismos requisitos que para ser testigo hábil.
 2. Título suficiente emitido por la autoridad competente, salvo que la actividad no este regulada (antes los peritos caligráficos). En los casos que la actividad no estuviere regulada, había que demostrar experiencia en el área del saber.
- Las Cortes de Apelaciones tienen sus propias listas de peritos.

Importancia de la prueba pericial.

- Científicamente tiene mucho peso y es muy difícil desvirtuarla.
- Los peritos se designan con el mismo procedimiento que se designan los jueces árbitros (Art. 232 inc. 2º C.O.T).
- El sistema de valoración de prueba de la prueba, conforme a la sana crítica, es la que ahora rige para todas las reformas procesales y fue primeramente el C.P.C que se refirió a ella, tratándose de la prueba pericial.

Procedimiento de designación de peritos.

Está regulado los arts. 414 al 417 C.P.C.

1. Se cita a una audiencia a todas las partes, se notifica por cédula Art. 48 (la notificación de designación de jueces árbitros se realiza personalmente, porque es la primera gestión).

En esta audiencia se discuten:

- a. La designación del perito.
 - b. El número de peritos.
 - c. Las calidades, actitudes o títulos.
 - d. Los puntos o hechos sobre los cuales deberá recaer dicho informe.
- En caso de no haber acuerdo, y esto sucede si no van todas las partes, o no hay ninguna, o yendo todos no hay acuerdo; será el juez quien decida.
 - Si van las partes y no hay acuerdo en la persona, el juez no podrá nombrar a ninguna de las dos primeras opciones que presente cada parte.
 - Luego que se designa al perito, se le notifica personalmente o por cédula, tiene que concurrir al tribunal, manifestando si acepta o no el encargo. Si el perito acepta, hay tres días para formular alguna oposición por parte las partes.
 - Si se hacen estas oposiciones, ésta se tramitan como un incidente, y se tramitan en un cuaderno separado, sin afectar el proceso principal.

Resumen de los artículos:

Art. 414 --- Citación a las partes y acuerdo de las partes.

Art. 415 --- Desacuerdo de las partes.

Art. 416 --- Nombramiento por el tribunal y oposición.

Art. 417 --- Trabajo de peritos.

Art. 424 --- Incidente sobre peritos.

Como se lleva a cabo el peritaje.

Son (3) etapas:

1. Etapa previa de aceptación del cargo; que no habiendo oposición, jura para desempeñar el cargo, inmediatamente es el perito quien cita a las partes al “reconocimiento”.
2. Reconocimiento; que es el acercamiento del perito al objeto de su informe (Art. 417 inciso 3 y 418 C.P.C).
3. El dictamen o informe pericial, comprende las conclusiones y previamente consideraciones, todo lo cual el perito resume a través de la ciencia o arte que maneja en su apreciación de los hechos.

Gastos y honorarios del perito.

Se regula en el arts. 411 incisos 2 y 3 del C.P.C., y lo podemos resumir en lo que sigue:

- Corresponde a la parte que los presenta.

- Si los designa el juez, hay que estarse las costas procesales.

Valor del informe pericial.

Este medio de prueba, es el único medio de prueba que la ley ordena expresamente y que es valorado según el sistema de la sana crítica (425).

5.4.-La confesión (de parte).

Es la declaración de una parte, que consiste en el reconocimiento de un hecho o hechos que la perjudica. Su naturaleza jurídica, corresponde a una declaración de parte, por hechos pertinentes al juicio, y que perjudican al propio declarante en el juicio.

La confesión modernamente se denomina *declaración de parte* y en el proceso civil, está regulado a partir del art. 385.

Estamos hablando de una declaración que una de las partes presta durante el proceso, respecto de un hecho pertinente, controvertido y sustancial, que produce efectos jurídicos en contra del declarante o confesante.

Es una declaración de voluntad, es decir, un acto jurídico con requisitos de validez.

Diferencias entre la confesión y la testimonial.

- La confesión proviene de una parte del proceso y la testimonial de un tercero ajeno al proceso.
- Ambos medios de prueba tienen oportunidades diferentes para ser rendida.

La confesión. Se puede empezar a rendir desde contestada la demanda, hasta el término del probatorio.

La testimonial. Solo se puede rendir en el término probatorio (por regla general).

- La testimonial siempre es provocada, en cambio la confesional, puede ser provocada o espontánea.

Similitudes.

- Son declaraciones de personas ante un tribunal.
- Son prestadas en forma oral.
- Ambas son medios de prueba.
- En ambas debe estar presente un ministro de fe, que casi siempre será el receptor judicial.
- En ambos tipos de prueba, la ley limita algunos hechos en cuanto no pueden ser probados.

Regulación.

- Libro II CPC arts. 385 – 402.
- 1.713 CC. Revocación de la Confesión.
- Nvo. c.p.p. Como derechos del imputado (medio de defensa), art.93 letra d) y art. 98 y en el juicio oral, art. 338 inciso final.
- C.P.C (no regula la confesión, sólo la ve como un medio de defensa, en que el inculpado si así lo quiere confiesa, pero no está obligado).
-

Importancia en materia civil:

La importancia es fundamental, pues el procedimiento ahí descrito puede ser aplicado a cualquier procedimiento por estar regulado en el libro II, (art. 3 CPC).

Problemas de la confesión.

La confesión siempre ha sido tratada o mirada con desconfianza; esto desde la revolución francesa. En el antiguo procedimiento penal, sólo se puede acreditar la participación de la persona inculpada, pero no se puede acreditar el delito mismo, o sea se limita la confesión a la participación. (Art. 481 n° 4 antiguo CPP).

Actualmente en nuestro Código Procesal Penal, se regula el **Derecho a guardar silencio en el art 93 letra g) del Código Procesal Penal.**

Este derecho (que es actualmente renunciable), existe con el objeto de desincentivar a las policías y al ente persecutor (MP), para conseguir confesiones de manera violenta, con engaño o cualquier coacción.

La confesión del imputado (declaración), solo sirve para atribuir la participación del mismo en el hecho, lo que significa que el ilícito penal, debe ser acreditado por otro medio de prueba, diferente a la confesión.

En caso que el imputado confiese, no puede ser bajo juramento, esto último para evitar cualquier tipo de presión en su declaración.

Estos dos últimos derechos, no fueron fáciles de instaurar, son conquistas de las ideas de la *Ilustración* e instauradas tan recientemente, como en la V enmienda de la Constitución Estadounidense y reconocida por la Corte Suprema del mismo país, tan solo en 1.966, tratándose del caso: *“Miranda vs Arizona”*³⁰.

No es menor el establecimiento de este derecho, que modernamente parece que siempre hubiere existido. Baste mencionar, que a todos los intervinientes, menos al imputado, les viene bien que el acusado deba declarar bajo juramento; o se le presione de alguna forma para ello, pues, *“los jueces pretendían a toda costa que el reo confesara, porque de esta forma, prestando tal confesión bajo juramento, se cubría el expediente, es decir, se tenía lo único que había que tener para cerrar el proceso con condena. Así, los jueces evitaban el trabajo de juzgar. Ya no había que oír tediosos interrogatorios a los testigos, ni analizar documentación alguna... ni, en definitiva, valorar la prueba celebrando el proceso. Nada era necesario si existía confesión”*³¹.

En suma, en caso, de no existir estos derechos, la tentación para el Juez, el MP y las policías de presionar una confesión, es de dimensiones bíblicas. Cualquier abogado dedicado a estas materias (criminales) puede dar más de una situación en que las policías y los fiscales “instan o invitan” al imputado a confesar.

La confesión como medio de prueba.

³⁰ Ver apunte procesal penal, a propósito de la prueba ilícita www.ricardomarquez.cl

³¹ Derecho Procesal III Proceso Penal”, Jordi Nieva Fenoll, Ed. Marcial Pons, 1ª Ed. 2.017, Pag. 161.

Como ya se dijo, la confesión: *“Es el reconocimiento que una de las partes hace de un hecho, de un conflicto sometido a un proceso y que produce efectos jurídicos en su contra.”*

Características:

1.- Siempre, la confesión va a producir efectos en el proceso, pero no es necesario que esta confesión sea prestada en el proceso mismo. Según este concepto, existen:

1.1.- Confesiones judiciales.

1.2.- Confesiones extrajudiciales, y estas pueden ser:

- Fuera de todo proceso.
- En otro proceso diverso.

2.- La confesión siempre es una declaración, es decir, es una manifestación de voluntad de una persona (parte), sobre hechos conocidos por ese mismo declarante.

3.- Es un acto jurídico procesal de parte, en general, es un acto jurídico unilateral, y como tal, se le aplican todos los requisitos del acto jurídico (vicios de la voluntad, etc.).

Como acto jurídico, se puede manifestar la voluntad expresa o tácitamente. Ej.: La confesión provocada respecto una pregunta realizada en forma asertiva, en los casos en que el declarante no va a la segunda citación, o cuando da respuestas evasivas.

Como acto jurídico, es posible que la confesión pueda ser retractada, pero con reglas especiales, por: error, fuerza o dolo; y en general, si no cumple con todas las solemnidades. Ej.: ante un ministro de fe o un tribunal.

4.- Esta reconocida como medio de prueba en el C.P.C, en el Antiguo C.P.P, y en el Nuevo C.P.P. Pero en materia penal, es más bien un medio de defensa del imputado y está regulado como las declaraciones de testigos.

En el C.P.C está tomada como medio de prueba, desde el punto de vista de la actitud del demandado, puede ser tomada como allanamiento, pero siempre tendrá como limitante el art 12 CC.

En materia penal antigua y moderna, sólo se puede acreditar por confesión la participación del imputado (confesante).

5.- Según la iniciativa, la confesión puede ser:

- **Espontánea**: Surge de cualquiera de las partes, sin ningún llamado a ello.
- **Provocada**: Es aquella, en que una de las partes pide a la contraparte que confiese hechos del proceso, o puede ser pedida por el tribunal. (art 159 n° 2 CPC).

6.- La confesión por regla general es irrevocable, significa que una vez prestada, no se puede anular o dejar sin efecto.

7.- Por regla general, es indivisible. El juez no puede parcelar el contenido de la declaración, para darle más valor a una y menos valor a otra parte de la declaración. Y así se clasifica en:

- **Confesión pura y simple:** Es aquella en que se acepta un hecho y no se agrega nada más. Ej.: Usted debe, “si” debo.
- **Calificada:** Es aquella en que si bien la parte reconoce el hecho, pero le agrega circunstancias que cambian los efectos jurídicos de la declaración. Usted recibió \$1.000, “si” pero fue un regalo. En este caso estamos frente a un mismo hecho.
- **Compleja:** Aquí el confesante reconoce el hecho, pero le agrega otro hecho que desvirtúa la primera declaración (ya sea vinculado o desvinculado al primer hecho). Usted recibió \$1.000 del demandante como mutuo, “si” pero le pague.

La confesión simple y calificada es indivisible.

En cambio la confesión compleja si se puede dividir, en ciertos casos que se verán.

8.- La confesión, según el tipo de conflicto, producirá diferentes efectos.

- En materia civil, producirá efectos contra el confesante.
- En materia penal, se establece la participación del confesante, nada más. No los hechos que configuran el delito o figura típica.

Los presupuestos de la confesión.

1.- Esta declaración (confesión) debe versar sobre alguno de los hechos pertinentes, controvertidos y sustanciales.

- Existe el problema de lo que confiesa una persona a nombre de otra, con poder suficiente (Ej.: por una persona jurídica). En general, estas citaciones a confesar se realizan a modo de presión nada más.
- En otras ocasiones, es necesario que confiese la parte personalmente y no su representante (aunque tenga poder). Esta situación aún genera dudas.
- Existe la posibilidad de limitar la participación de terceros con poder. Para esto, se pide citación, para que se declare sobre hecho propio y personalmente. Art. 7 inc. 2° C.P.C: “Sin embargo, no se entenderán concedidas al procurador, sin expresa mención, las facultades de desistirse en primera instancia de la acción deducida, aceptar la demanda contraria, absolver posiciones, renunciar los recursos o los términos legales, transigir, comprometer, otorgar a los árbitros facultades de arbitradores, aprobar convenios y percibir.”

2.- Debe ser de una persona que sea parte de un proceso.

Aunque esto puede generar problemas, como por ej. Se sabe que para ser parte de un proceso, se necesita tener capacidad de goce, pero, si no se tiene capacidad de ejercicio, interviniendo el representante; y ¿Que sucede si se cita a la parte personalmente?

3.- La confesión como acto jurídico procesal de parte, debe estar y reunir los requisitos de existencia y validez de los actos jurídicos en general. Ej.: que sea prestada sin apremio ilegítimo.

Clasificación de la confesión.

a) **Atendiendo donde se presta:**

- Confesión judicial: Se presta en el proceso en donde se es parte.

Valor probatorio.

La confesión Judicial puede transitar desde la plena prueba, a ninguna prueba.

- **Confesión extrajudicial**: Se presta en un proceso diverso o fuera de todo proceso.

Valor probatorio.

Confesión extrajudicial, puede ser:

- i. Si es prestada entre las mismas partes y en otro proceso, puede configurar una presunción fundada.
- ii. Si es prestada en otro proceso o fuera del proceso, puede ser base de una presunción judicial.

b) Según su iniciativa puede ser:

- **Confesión espontánea**: Es aquella que, se produce por una decisión propia de una de las partes. Puede ser: judicial o extrajudicial.
- **Confesión provocada**: Una de las partes es llamada a confesar en el proceso, por el juez o la contraparte.

Ejemplo de ello, es lo indicado en el art. 273 n°1; como medida prejudicial probatoria.

Art. 273 (263). El juicio ordinario podrá prepararse, exigiendo el que pretende demandar, de aquel contra quien se propone dirigir la demanda:

1° Declaración jurada, acerca de algún hecho relativo a su capacidad para comparecer en juicio, o a su personería, o al nombre y domicilio de sus representantes;"

Por otra parte, la confesión es bastante versátil, pues, puede ser:

- Medio de prueba.
- Como defensa.
- Como allanamiento.

c) Formas de cómo se presta:

- **Expresa:** Aquella en que el sujeto verbalmente o por escrito, según sus circunstancias, reconoce la existencia de los hechos controvertidos, según la naturaleza de los procedimientos (en las audiencias civiles se levanta un acta).
- **Tácita:** Sanción que la ley impone al confesante rebelde.

d) Según su forma de expresarla:

- **Verbal:** Se presta a viva voz y es la regla general en materia penal. En materia civil la confesión también puede ser verbal, (Como la citación a confesar deuda, o en un juicio sumario), pero se protocoliza, es decir, se incorpora a un acta.
- **Escrita:** Se realiza en la contestación de la demanda, o en otro escrito.

e) Según su divisibilidad:

- **Confesión pura y simple:** Reconoce categóricamente un hecho y nada más.
- **Confesión calificada:** Se reconoce el hecho y se agregan circunstancias que la modifican.

- **Confesión compleja**: Reconoce el hecho y agrega un hecho nuevo, ligado o desligado al hecho confesado.

f) Según su valor probatorio, tenemos la confesión que constituye:

- **Plena prueba**: Sirve para acreditar un hecho litigioso.
- **Prueba incompleta**: Cuando la confesión es extrajudicial.
- **Ninguna prueba**: Cuando se reconocen hechos que pueden significar la renuncia de derechos indisponibles.

g) Según su finalidad:

- **Confesión como medio de prueba.**
- **Confesión para preparar el ingreso a un proceso (Gestión Preparatoria o probatoria), como una medida prejudicial.**

Oportunidad para confesar.

Conforme a lo que señala el art 385 C.P.C. La confesión provocada, procede una vez contestada la demanda.

“Art. 385 (375). Fuera de los casos expresamente previstos por la ley, todo litigante está obligado a declarar bajo juramento, contestada que sea la demanda, sobre hechos pertenecientes al mismo juicio, cuando lo exija el contendor o lo decrete el tribunal en conformidad al artículo 159.

Esta diligencia se podrá solicitar en cualquier estado del juicio y sin suspender por ella el procedimiento, hasta el vencimiento del término probatorio en primera instancia, y hasta antes de la vista de la causa en segunda. Este derecho, sólo lo podrán ejercer las partes hasta por dos veces en primera instancia, y una vez en segunda; pero, si se alegan hechos nuevos durante el juicio, podrá exigirse una vez más.”

La confesión espontánea, puede ser en cualquier estado del juicio, siempre que esté trabada la litis, y hasta el término probatorio, en primera instancia y en segunda instancia antes de la vista de la causa.

Procedimiento para obtener la confesión provocada.

Obedece al principio dispositivo, por lo tanto, se pide por escrito; se solicita una audiencia y se acompaña un sobre con preguntas, que pueden ser redactadas en forma:

- **Asertiva**: Preguntas, que en su formulación contiene una aseveración, que debe hacer suya la parte que responda con una simple afirmación.
- **Interrogativa**: Una pregunta propiamente tal (interrogación).

En esta petición, es necesario que se aperciba con las sanciones del art 394 (apercibimiento).

Las preguntas están contenidas en un sobre cerrado, que es abierto en la diligencia en que declara el confesante. Se realizan hasta dos citaciones, si no va a la primera, no se abre el sobre, se esperará la segunda citación. En esta segunda, sin que concurra el confesante (denominado absolvente) se abrirá el sobre. En caso que concurra el confesante, las preguntas serán realizadas por el receptor.

Las preguntas (llamadas pliego de posiciones), deben ir firmadas por el abogado patrocinante de la parte y, la notificación al confesante, es personal o por cédula (Art. 48).

Es manifestación del principio dispositivo, que en la audiencia de absolución de posiciones (confesión provocada), deba estar presente la parte que pidió la diligencia, también debe existir un ministro de fe (receptor).

El apercibimiento del art. 394 (inconcurrencia).

En caso de incomparecencia o de dar respuestas evasiva, o no contestar, aplica el artículo: “394 (384). Si el litigante no comparece al segundo llamado, o si, compareciendo, se niega a declarar o da respuestas evasivas, se le dará por confeso, a petición de parte, en todos aquellos hechos que estén categóricamente afirmados en el escrito en que se pidió la declaración.

Si no están categóricamente afirmados los hechos, podrán los tribunales imponer al litigante rebelde, una multa que no baje de medio sueldo vital, ni exceda de un sueldo vital; o arrestos hasta por treinta días, sin perjuicio de exigirle la declaración. Si la otra parte lo solicita, podrá también suspenderse el pronunciamiento de la sentencia hasta que la confesión se preste.

Cuando el interrogado solicite un plazo razonable para consultar sus documentos antes de responder, podrá otorgársele, siempre que haya fundamento plausible para pedirlo y el tribunal lo estime indispensable, o consienta en ello el contendor. La resolución del tribunal que conceda plazo será inapelable.”

Como se puede apreciar este apercibimiento procede:

- a) En casos de incomparecencia.
- b) Que se den respuestas evasivas, o no se conteste.
- c) Solo si las preguntas están redactadas en términos sugestivos o asertivos.

Valor probatorio de la confesión.

El valor probatorio dependerá del tipo de confesión de que se trate. Así la confesión extrajudicial (art. 398 C.P.C), es sólo base para crear una presunción judicial, y no se tomará en cuenta, si es puramente verbal, sino en los casos en que sería admisible la prueba de testigos.

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

Los tribunales apreciarán la fuerza probatoria de la confesión judicial (Art.399 C.P.C), en conformidad a lo que establece el artículo 1.713 del Código Civil y demás disposiciones legales.

Si los hechos confesados no son personales del confesante o de la persona a quien representa, producirá también prueba la confesión. Por ello desde el punto de vista forense, cuando se pide una confesión, se solicita que sea prestada: “*sobre hechos propios*” y rendida personalmente, para evitar que pueda ser prestada mediante un mandatario.

Por otro lado el art. 400 C.P.C indica: La confesión tácita o presunta que establece el artículo 394, producirá los mismos efectos que la confesión expresa.

No obstante, lo anterior, los jueces son bastante reacios a dar aplicación a la norma transcrita.

Divisibilidad o indivisibilidad de la confesión.

El epígrafe indica, en qué casos la confesión se puede dividir en perjuicio del confesante y en qué casos no.

Dividir la confesión, implica que los hechos o circunstancias agregadas por el confesante, no se tomarán en cuenta. En esos casos, estamos hablando de la división de la confesión.

Al respecto hay que clasificar las confesiones en tres:

1- pura y simple:

Es aquella en que el declarante niega o afirma algo categóricamente sin agregar un hecho o circunstancia nueva.

ej.: si recibí \$10.000 de la demandante.

2- calificada:

Es aquella en que el confesante reconoce la existencia de un hecho controvertido, pero le agrega circunstancias especiales que modifican la naturaleza jurídica de su declaración.

ej.: El demandante dice que le deben \$10.000.- y el confesante admite que los recibió, pero agrega que fue por donación y no por préstamo.

No se divide en perjuicio del confesante, debe aceptarse

Completa, porque la circunstancia es del hecho.

3- compleja:

Es aquella en que, al reconocer el hecho material se le agrega uno o más hechos diversos de los cuales, se modifica la naturaleza jurídica de los hechos declarados. Se reconoce un hecho pero se agregan más hechos y cambian los efectos del hecho declarado.

Esta última confesión se subdivide en:

a) confesión compleja que contenga hechos desligados del primer hecho confesado. En este caso, los hechos pueden subsistir independientemente uno de otro (art. 401, inc. 2º, N° 1).

Puede ser dividida. Ej. El confesante dice que se le entregaron \$1.000.-, pero los pagó. Aunque nada impide que pueda acreditar que los pagó.

Que pueda ser dividida, significa que se puede tomar la confesión de que se recibió el dinero, pero no que se pagó. Por ello, éste segundo hecho no deja sin efecto el primer hecho confesado. Un ejemplo similar, es el caso en que, se reconoce la autenticidad de un recibo de dinero, pero, se niega que se haya recibido el dinero.

b) Confesión compleja de segundo grado (art. 401, inc. 2º, N° 2). Es aquella que contiene **hechos vinculados o ligados al primer hecho confesado, o que se modifiquen unos a los otros. Por regla general, puede dividirse.** Por ej. En el caso que el confesante señale que si recibió del demandante \$1.000.-, pero que los recibió en pago de otra obligación, que nada tiene que ver con la que se cobra. En este caso, se puede dividir la confesión en perjuicio del confesante, siempre que el contendiente compruebe la falsedad del hecho o hechos vinculados al hecho principal que cambian el sentido de la confesión.

Irrevocabilidad de la confesión.

La regla general respecto de la confesión, es que no se pueda revocar, es decir, que el confesante no pueda arrepentirse de lo ya declarado y que lo perjudica. No podrá volver atrás en sus dichos.

La regla anterior, la establece el artículo 402.

Existiendo una regla general, obviamente, también existen excepciones. Dichas excepciones se encuentran en el artículo 402 inc. 2º y 3º, y son:

- a) Cuando se ha prestado por error de hecho. Que debe acreditarse.
- b) Cuando los hechos confesados no sean personales de confesante.

Por último, ya sea ha dicho que la confesión es un acto jurídico procesal. Razón por la cual, podría anularse este acto jurídico procesal, si se comprueba que fue prestada bajo presión, engaño o incluso dolo. Viciándose la voluntad manifestada en la confesión.

5.5.- Inspección personal del Tribunal.

Se encuentra regulada en los arts. 1.714 CC, 403-408.

También llamada modernamente, prueba de *reconocimiento judicial*.

Podríamos decir, que es, el examen que el tribunal realiza por sí mismo de los hechos o circunstancias materiales, controvertidas en el pleito, para adquirir la convicción acerca de su verdad o exactitud.

Características.

- Es un medio de prueba directo, rige inmensamente la inmediación.
- Es circunstancial (se desarrolla y produce dentro del proceso).

- Es un medio de prueba que constituye plena prueba de los hechos que percibe el juez por sus sentidos.
- Medio de prueba común a cualquier procedimiento y a veces en materia civil es obligatorio (art 571).

Oportunidad.

Puede ser decretada de oficio o pedida por las partes. Pedida por las partes:

- Como medida prejudicial probatoria (Art 281).
- Durante el juicio procede dentro el término probatorio.

En segunda instancia, no procede si es pedida por las partes. (Art 207)

Cuando el tribunal no está obligado, puede decretarla de oficio:

- De oficio, en cualquier momento si lo estima conveniente (art 403).
- Puede decretarlo como medida para mejor resolver. (art 159 n° 3).

Valor probatorio (art 408).

Como medio de prueba será plena prueba, respecto de todo lo que el juez capte mediante sus sentidos y que quede protocolizado en el acta.

Requisitos copulativos para producir plena prueba.

- Que la inspección recaiga sobre hechos o circunstancias materiales.
- Los hechos y circunstancias materiales deben quedar asentados de acuerdo a las observaciones del tribunal.
- Que se deje constancia en el acta de dichos hechos o circunstancias en el expediente. (protocolización)

5.6.- Las presunciones.

Definición.

Existen muchas definiciones respecto de lo que son las presunciones, pero como veremos no dan mucha luz respecto de los que son.

Por ejemplo, en el Vocabulario Jurídico del autor uruguayo Eduardo J. Couture, presunción judicial es: *“acción y efecto de conjeturar el juez, mediante razonamientos de analogía, inducción o deducción, la existencia de hechos desconocidos partiendo de los conocidos³².”*

Por otra parte el Código Civil, en el artículo 47 inc. 1º y 2º: *“Se dice presumirse el hecho que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas.*

Si estos antecedentes o circunstancias que dan motivo a la presunción son determinados por la ley, la presunción se llama legal. “

Seguramente que lo anterior no es entendible sin una explicación por parte del profesor respectivo. Mi experiencia, así lo indica. Una vez explicada así el concepto cuando se le pregunta a los alumnos: ¿qué es una presunción? O me ¿me puede dar un ejemplo? Las respuestas generalmente no son acertadas.

Muchos textos tratan a las presunciones como meras inferencias,³³ deducciones³⁴ o inducciones³⁵ que hace el juez o la ley, para acreditar un hecho.

Ahora si explicamos a los alumnos que las presunciones, no son un medio de prueba en particular, sino, que para los códigos y las leyes constituyen razonamientos que el juez o la ley realiza, teniendo como punto de partida medios de prueba (incompletos) que no sirven para acreditar el hecho por sí mismos, incluso ni siquiera en conjunto (según la ley); pero que el Tribunal, Juez o la ley a través de un razonamiento

³² Obra citada, pag. 582.

³³ Deducir algo o sacarlo como conclusión de otra cosa (RAE).

³⁴ Extraer una verdad particular a partir de un principio general (RAE).

(operación mental), uno de estos medios de prueba incompletos (que dan por acreditados ciertos hechos); para dar por acreditado un hecho desconocido.

Ahora bien, estos indicios (hechos acreditados) son los hechos base, a los cuales la ley o el legislador mediante un juicio lógico dan por resultado la acreditación del hecho desconocido, que resulta ser probado.

Según lo anterior, creo, haber introducido a alumno sobre lo que es una presunción.

En clases se darán ejemplos de presunciones.

Clasificación.

La clasificación más importante las divide en legales y judiciales.

Las legales: son aquellas en que los hechos conocidos se señalan en la ley y ésta señala la conclusión. Acá “todos los elementos de las presunciones están en la ley”.

Elementos.

- a- Hechos conocidos (probados).
- b- Razonamiento.
- c- Conclusión de hechos conocidos (que se acreditan).



³⁵ Extraer, a partir de determinadas observaciones o experiencias particulares, el principio general implícito en ellas

Las presunciones legales se subclasifican en:

- Simplemente legales: Son aquellas en que no obstante de producirse los tres elementos, es posible probar una conclusión contraria. Ej. Presunción de paternidad del marido.
- Legales de derecho: Es la presunción legal en que los dos primeros elementos están en la ley, y el tercero está vedado probar en contrario. Ej. Conocimiento de la ley por todos.

Judiciales: Son aquellas cuyos elementos determinan o son valorados por el juez. Ej. En materia penal. Son creación del Juez en la sentencia.

Importancia de las presunciones.

Son muy importantes en materia jurídica, especialmente en juicios penales, porque siempre habrá pruebas incompletas por las circunstancias especiales del conflicto penal.

En materia civil, tiene importancia por la carga de la prueba, ya que, quien tiene una presunción a su favor tendrá la carga de la prueba también a su favor. De hecho las presunciones invierten la carga y el peso de la prueba.

Muchos de los medios de prueba (confesional, testimonial, incluso documental) pueden llegar a conducir a una presunción.

Características de las presunciones.

1. Reglamentada en el art 47, 1712 CC y art 426 CPC.
2. En sentido filosófico, es un silogismo³⁶ (forma básica de pensar).
3. Sus requisitos y su reglamentación también están en la ley. si son legales los tres elementos están en la ley, si es judicial la forma de ser valorada también están en la ley (art 426).

Elementos presunción judicial (valoración).

Estos elementos son necesarios para acreditar un hecho.

- Graves (art 1712 CC). Que sean graves significa que de los antecedentes en que se funda la presunción (hechos conocidos), se da una fuerte posibilidad de verdad.
- Precisas (art 1712 CC) : Implica que del hecho conocido, no puede desprenderse otra consecuencia, sino aquella que el juez ha llegado con sus razonamientos.

³⁶ Argumento que consta de tres proposiciones, la última de las cuales se deduce necesariamente de las otras dos (RAE).

- Concordantes (art 426). En cuanto, si hay más de una presunción todas ellas deben arribar a las mismas conclusiones.

La jurisprudencia ha señalado que la concordancia se da cuando hay más de una presunción.

www.ricardomarquez.cl

www.ricardomarquez.cl

www.ricardomarquez.cl