

Estudio sobre modificaciones al procedimiento ordinario en el Código de Procedimiento Civil

Carlos Pecchi Croce

Director Departamento Derecho Procesal

Facultad de Derecho

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO



Cristian Maturana Miquel

Profesor de Derecho Procesal

UNIVERSIDAD DE CHILE

1. Generalidades

En los diversos estudios que se han realizado para lograr la modernización del sistema procesal civil y procurar una justicia cierta y efectiva, surgen invariablemente dos alternativas para obtener tales propósitos: la primera, descartar totalmente el ordenamiento procesal vigente e ir a la elaboración de un nuevo Código, o, por el contrario, utilizar elementos del que nos rige actualmente y limitarse a introducir reformas a las normas de procedimiento para hacerlas más ágiles y expeditas en la solución de los litigios.

Sabido es que, hasta hace algunas décadas, los procedimientos civiles se caracterizaban, fundamentalmente, por su alto grado de formalidad, y por inspirarse en los principios de escritura, dispositivo absoluto, mediación, no concentración, con prueba legal o tasada y con fuertes limitaciones de los poderes del tribunal.

Ese viejo procedimiento ha ido reemplazándose, paulatinamente y progresivamente en la mayoría de los países europeos y americanos, por uno nuevo, orientado en principios formativos opuestos, como la oralidad, la inmediatez, la concentración, la publicidad, las pruebas de acuerdo con las reglas de la sana crítica, con una preeminencia de un principio inquisitivo atenuado en la dirección formal del proceso y en el poder de investigar los hechos discutidos en el pleito. Pero, lamentablemente, podemos constatar que pese a variadas e importantes modificaciones introducidas a nuestro antiguo Código de Procedimiento Civil, ese aire renovador no ha llegado aún plenamente a nuestro país.

Así las cosas, lo óptimo sería seguir la primera de las alternativas expuestas e ir derechamente a la elaboración de un nuevo Código Procesal Civil. Al respecto, debemos concordar con la posición tan significativa asumida por el recordado profesor español don Niceto Alcalá Zamora, cuando, durante su permanencia en Chile como profesor invitado de la Universidad de Concepción, nos señalaba que "la planeada reforma del enjuiciamiento chileno no puede reducirse a unos ligeros cambios, que aun en el supuesto de conducir a soluciones acertadas, sólo proporcionarían alivio pasajero. Hay, pues, que acometerla de frente y a fondo, a fin de reemplazar los actuales Códigos Procesales, Civil y Penal, por unos nuevos que satisfagan plenamente las exigencias de una mejor justicia. Pensar de otro modo significaría tanto como creer que cabe curar el cáncer con cataplasmas de linaza o con gárgaras de bicarbonato".

Ya se ha concretado su aspiración en el campo criminal con la reciente promulgación del nuevo Código Procesal Penal. Formulamos votos para que pronto se concrete la tarea restante de elaborar un nuevo cuerpo legal civil, siguiendo en lo posible el texto del Código Procesal Civil Modelo, aprobado en mayo de 1988, por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, no con la pretensión de regir como tal en ningún país, sino que de constituirse en un aporte importante en la labor de integración de los pueblos del área y contribuir al mejoramiento de la justicia de los mismos. En efecto, los principios que lo orientan han influido con gran fuerza en las distintas legislaciones nacionales que los han incorporado a sus códigos procesales que han visto la luz desde entonces.

Sin embargo, en espera de que exista en nuestro país la voluntad política para ir a la elaboración de un nuevo Código Procesal Civil y contar con la predisposición de la autoridad para otorgar los medios económicos que una tarea de esta envergadura lleva implícitos, nos limitaremos a exponer en el presente trabajo sólo las principales modificaciones que, en nuestro concepto, deberían introducirse a nuestro actual Código, y específicamente en materia del procedimiento ordinario, para lograr la debida eficacia del proceso civil, esto es, que cumpla su cometido de una aplicación oportuna y real de la justicia, ya que una larga y anormal duración del litigio importa su denegación.

2. Medidas prejudiciales

En el mundo moderno, atendido el dinamismo e informalidad de los negocios y la constante y expedita movilidad de sus partícipes, las medidas prejudiciales cada vez adquieren una mayor trascendencia, para preparar la entrada al juicio, asegurar pruebas que puedan fácilmente desaparecer y cautelar la pretensión que se hará valer mediante la posterior interposición de una demanda.

Todas estas medidas prejudiciales nos demuestran, cuando son ejercidas por parte del futuro demandante, que se encuentra realizando una actividad que es efectiva para la posterior satisfacción de su pretensión dentro del proceso, debiéndose por ello reconocer que en ese caso cesa la inactividad que conduce a la prescripción cuando se cumple el plazo que a su respecto establece la ley.

Debemos recordar que a propósito de las letras de cambio y pagarés, dispone el artículo 100 de la Ley 18.092 que la prescripción se interrumpe respecto del obligado a quien se notifique la gestión judicial necesaria o conducente para deducir la demanda o preparar la ejecución.

Este principio debería ser contemplado como regla general respecto de las medidas prejudiciales como medio para interrumpir la prescripción, porque en todos ellos se demuestra la existencia de una actividad por parte del titular de un derecho para hacerlo efectivo.

Sin embargo, claramente dicha interrupción de la prescripción se debe encontrar condicionada a que el futuro demandante interponga la demanda dentro de un determinado plazo, luego que hubiere sido notificado de la resolución judicial que le hubiere acogido a tramitación una medida prejudicial.

Si transcurrido dicho plazo no se hubiere deducido la demanda, debemos entender, por el solo ministerio de la ley, que la medida prejudicial que se hubiere solicitado no ha producido el efecto de interrumpir la prescripción.



3. Medidas precautorias

En el mundo moderno, un procedimiento civil debe ser expedito para la solución del conflicto que se ha planteado ante el tribunal, pero sobre todo debe ser eficaz, en el sentido de asegurar que se podrá hacer efectivo el cumplimiento de la sentencia que se dicte y que el retardo del proceso no ha de causar un perjuicio irreparable a quien ha acudido ante los tribunales clamando por justicia.

Las medidas cautelares representan una conciliación entre las dos exigencias, frecuentemente opuestas, de la justicia: la de la celeridad y la de la ponderación; entre hacer las cosas pronto pero mal, y hacerlas bien pero tarde, las medidas cautelares tienden ante todo a hacerlas pronto, dejando que el problema del bien y mal, esto es, la justicia intrínseca de la providencia, se resuelva más tarde, con la necesaria ponderación, en las reposadas formas del proceso ordinario. Permiten de este modo al proceso ordinario funcionar con calma, en cuanto aseguran preventivamente los medios idóneos para hacer que la providencia pueda tener, al ser dictada, la misma eficacia y el mismo rendimiento que tendría si se hubiese dictado inmediatamente.

El principio que justifica la dictación de una providencia cautelar radica en que la necesidad de servirse del proceso para conseguir la razón no debe convertirse en daño para quien tiene la razón.

La tendencia de la legislación durante estas últimas décadas ha sido la de ir ampliando las medidas cautelares, contemplándose diversas figuras para tutelar en mejor forma la eficacia del proceso, las que se discute que puedan encuadrarse dentro de la regulación que realiza de las medidas precautorias nuestro Código de Procedimiento Civil.

Especial importancia revisten en la materia las medidas cautelares innovativas, esto es, **aquellas que no persiguen conservar el estado de hecho existente al momento en que son decretadas, sino tienen por objeto operar en vía provisoria o anticipada los efectos constitutivos e innovativos de la providencia principal para eliminar el daño que podría derivar del retardo con el cual ésta pudiera llegar a constituir tales efectos (por ejemplo, el derribo de un árbol que ofrece peligro, ordenado por el juez en virtud de la denuncia de daño temido).**

Como un ejemplo de la regulación que se efectúa de estas medidas en el derecho comparado, podemos señalar la contemplada en el N° 7 del artículo 727 de la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española, que entró a



regir el 8 de enero de 2001, según la cual "podrán acordarse, entre otras, las siguientes medidas cautelares: 7°. La orden judicial de cesar provisoriamente en una actividad; la de abstenerse temporalmente de llevar a cabo una conducta; o la prohibición temporal de interrumpir o de cesar en la realización de una prestación que viniera llevándose a efecto".

El *periculum in mora* que justifica la dictación de este tipo de providencias cautelares radica en que la indecisión de una relación controvertida durante el curso del proceso y el que ella perdure hasta la emanación de la providencia definitiva, podría derivar a una de las partes daños irreparables.

La relación de instrumentalidad que vincula esta providencia cautelar a la principal consiste precisamente en una decisión anticipada y provisoria del mérito, destinada a durar hasta el momento en que a esta regulación provisoria de la relación controvertida se sobreponga la regulación de carácter estable que se puede conseguir a través del más lento proceso ordinario.

La función instrumental se explica en este grupo de providencias cautelares dando a la controversia, en espera de la providencia definitiva, una solución provisoria que presumiblemente se aproxime más a la que será la solución definitiva, de modo que ésta, *operando re adhuc integra* y sin solución de continuidad, pueda tener sobre la relación sustancial la misma eficacia práctica que habría tenido si se hubiese dictado sin retardo: la providencia cautelar funciona aquí, si se nos permite un parangón, como las fuerzas de protección destinadas a mantener las posiciones hasta el momento de la llegada del grueso del ejército, a fin de evitar a éste las pérdidas mayores que le costaría la reconquista de las posiciones perdidas.

Sin perjuicio de ello, debemos tener presente que en la regulación de las medidas cautelares debe regir el principio de igualdad de las partes en el proceso, por lo que necesariamente deberán contemplarse requisitos adicionales a los del *periculum in mora* y del *fumus boni iuris* para el otorgamiento de la medida.

En otras palabras, atendida la mayor amplitud que se contempla respecto de la tutela cautelar que puede requerir el demandante en el proceso moderno, se debe reconocer como contrapartida la exigencia general que se otorgue una caución suficiente por parte del actor, la que importará una verdadera contracautela para proteger los derechos del demandado en caso que ella se hubiera otorgado injustificadamente y con ella se causen perjuicios a éste.

De conformidad con ello, entendemos que resulta necesario ampliar los casos de tutela cautelar para contemplar las medidas cautelares innovativas o que importan una decisión interina anticipada en espera que a través de un proceso ordinario se perfeccione la decisión definitiva, pero como contrapartida debe contemplarse como regla general el otorgamiento de una caución efectiva por parte del actor para que ella le sea otorgada, a fin de responder de los perjuicios que se causaren al demandado con su otorgamiento injustificado.

Esta amplitud respecto de la tutela cautelar permitirá no incentivar la interposición de los recursos de protección, en los cuales a través del otorgamiento de la orden de no innovar se puede en muchos casos llegar a obtener una medida cautelar de carácter innovativo, la que se cuestiona respecto de su existencia y procedencia dentro del procedimiento ordinario.

4. Audiencia de conciliación y recepción de prueba

En el Código Procesal Civil tipo para Iberoamérica se establece un modelo de proceso por audiencia, en que ésta, la audiencia, aparece como elemento central del proceso. La función más principal le está asignada a la audiencia preliminar, que persigue tres formalidades fundamentales:

- a) conciliadora, para procurar que las partes lleguen a un acuerdo que impida el juicio;
- b) saneadora, para lograr la depuración de cuestiones no referidas al fondo del asunto, y
- c) abreviadora, entendida la expresión en el sentido que le otorga el profesor Barbosa Moreira, tendiente a establecer el objeto del proceso y de la prueba.

Al respecto, el artículo 266 del Código señala que la audiencia preparatoria se documentará en acta resumida, en la cual, además de las constancias generales, se establecerá: 1) la pretensión inicial de cada parte; 2) las soluciones propuestas por éstas y por el tribunal; 3) la conciliación acordada o persistencia del litigio, indicándose con precisión los aspectos en que concuerden y aquellos en los cuales disienten.

Esta audiencia preliminar, que tuvo su origen en la antigua Ordenanza Procesal Civil (ZPO) austríaca de Franz Klein del año 1895, ha sido recogida y perfeccionada por los códigos modernos, entre ellos, el Código General del Proceso uruguayo de 1988.

En efecto, y como se consigna en su exposición de motivos, en dicha audiencia "se trata de llegar prioritariamente a una conciliación (parcial o total) y, en su defecto, se realiza el debate y se fijan los puntos en disputa de manera clara y concreta". O sea, de no llegarse a una conciliación total, se establece el objeto del proceso y de la prueba.

Por ello, el artículo 341, referido al contenido de la audiencia preliminar, prescribe que en ella se cumplirá, además de la ratificación de los actos de la demanda y de la contestación, de la tentativa de la conciliación y de la aclaración de los puntos oscuros y dudosos en la formulación de los escritos, la siguiente actividad:

"6. Fijación definitiva del objeto del proceso y de la prueba; pronunciamiento sobre los medios de prueba solicitados por las partes, rechazando los que fueren inadmisibles, innecesarios o inconducentes, disponiéndose la ordenación y diligenciamiento de los que correspondan; recepción de los que fuere posible diligenciar en la propia audiencia y fijación de otra complementaria para el diligenciamiento de los restantes, acordándose lo necesario para que en ocasión de esa audiencia complementaria se diligencien totalmente las pruebas que no se hubieren recibido en la audiencia preliminar".

Aun más, las partes están obligadas a comparecer a dicha audiencia en forma personal, salvo motivo fundado a juicio del tribunal, que justificare la comparecencia por representante (art. 340.1).

La inasistencia no justificada del actor a la audiencia preliminar, prescribe el artículo 340.2, se tendrá como desistimiento de su pretensión.

Si el inasistente fuere el demandado, el tribunal dictará sentencia de inmediato y tendrá por cierto los hechos afirmados por el actor en todo lo que no se haya probado lo contrario (art. 340.3).

El Código Procesal Civil Modelo destina en su libro II un capítulo a la conciliación como un proceso preliminar, prescribiendo en su artículo 263 que "antes de iniciar cualquier proceso, el futuro actor deberá pedir audiencia para intentar la conciliación con el futuro demandado". Es decir, debe considerarse esta audiencia previa de conciliación como un requisito de admisibilidad de la futura demanda.

Señala su artículo 29 que "el proceso ordinario será precedido por la conciliación, sin perjuicio de las diligencias preparatorias que se solicitaren y comenzará con la demanda".

En la exposición de motivos del citado Código se dispone expresamente que “en la alternativa –conciliación antes o durante el juicio– optamos por recoger los dos institutos, por entender que así se cubre mejor la necesidad de la composición de los litigios”.

Siguiendo al Código tipo, el Código General del Proceso uruguayo también establece dos oportunidades para el intento de conciliación: en la audiencia previa de conciliación (arts. 293 al 298), que es de índole anteprocesal, y en la audiencia preliminar (arts. 340 y 341), que resulta de carácter interprocesal.

En cuanto al sujeto conciliador, esto es, a la persona que ha de mediar en los intentos de conciliación, sea anteprocesal o interprocesal, ha surgido discusión en la doctrina si debe ser un juez o un tercero que forme parte del personal del tribunal y que posea la necesaria capacitación en las técnicas de conciliación.

Agreguemos al respecto que tanto el Código tipo como el General del Proceso de Uruguay, se inclinan en el sentido que el sujeto conciliador debe ser siempre el órgano jurisdiccional competente para conocer del conflicto, no obstante y para el caso de la audiencia preprocesal, el Código Modelo abre la alternativa de que sea un juez de menor jerarquía en la escala judicial.

De conformidad con lo anterior, creemos que la audiencia que se contempla actualmente como trámite obligatorio de conciliación y que en general no ha aportado un mayor avance en la tramitación del procedimiento civil, requerirá una aplicación clara del principio de la inmediatez, concentración y de poder de dirección del tribunal, no sólo con el mero objetivo de obtener la solución del conflicto sobre la base de las proposiciones que el tribunal formule para que se logre la conciliación, sino que también debe servir para el evento que el acuerdo no se alcance, para sanear todos los vicios que se hubieren podido generar con anterioridad en el proceso y determinar claramente los hechos sobre los cuales ha de rendirse la prueba dentro de esa misma audiencia.

5. Ampliación de las excepciones que pueden hacerse valer como mixtas dentro del juicio ordinario

Conforme a la jurisprudencia de nuestros tribunales, se ha sostenido que determinadas excepciones que afectan la existencia del proceso o su eficacia sólo pueden hacerse valer como excepciones perentorias, lo que implica muchas veces, en caso de ser ellas acogidas, haber tenido que

tramitar un largo y dilatado proceso ordinario sin que el conflicto promovido sea resuelto.

Como clarísimo ejemplo de esta situación, se ha sostenido que la falta de jurisdicción y de legitimación activa o pasiva para obrar constituyen excepciones de carácter perentorio, y como tales ellas deben ser falladas sólo en la sentencia definitiva. En otras palabras, ello significa que deberá tramitarse íntegramente un proceso para que el tribunal nos señale que no podrá pronunciarse acerca del conflicto por carecer de jurisdicción, o por haberse promovido el proceso entre quienes carecen de interés en el conflicto.

Para superar esta situación debería contemplarse que las partes puedan hacer valer como excepciones dilatorias la falta de cualquiera de los presupuestos procesales de existencia o de eficacia del proceso, sin perjuicio de dejar su resolución para definitiva si estimaren que ellas fueren de lato conocimiento.

6. Los medios de prueba, la distribución de la carga de la prueba y el sistema probatorio

6.1. Los medios de prueba

En nuestro proceso civil se contempla como máxima que los únicos medios de prueba son los enumerados taxativamente por la ley, de modo que las partes no pueden pedir ni el juez acordar actividad probatoria no prevista en la ley.

Nos encontraremos en presencia de una limitación absoluta respecto de la prueba en los casos en que el legislador haya enumerado los medios de prueba y las partes pretendan rendir en el proceso civil para acreditar un hecho utilizando un medio de prueba no contemplado en la ley.

Los medios de prueba que se hubieren creado por el avance o desarrollo científico y que no se encontraren contemplados dentro de la enumeración legal deberán asimilarse o incorporarse a alguno de estos medios de convicción para poder hacerlos valer en el juicio. Así, por ejemplo, en el artículo 341 del C.P.C. no se contemplan como medios de prueba las fotografías, las grabaciones, filmaciones, correos electrónicos, etc.

Si se quiere hacer valer otro medio de prueba no incorporado en la enumeración, se debe asimilar a otro medio de convicción establecido dentro de la enumeración del artículo 341.

En nuestro procedimiento civil pretende regir la doctrina legalista o de la prueba legal.

En ella, el legislador procede, a través de las leyes reguladoras de la prueba, a establecer en forma taxativa los medios de prueba que pueden las partes utilizar en el proceso para acreditar las afirmaciones fácticas que fundamentan la pretensión y a establecer el valor probatorio de cada uno de ellos.

En Chile, los artículos 1698 del Código Civil y 341 del C.P.C. señalan taxativamente los medios de prueba que pueden ser utilizados dentro del proceso, con lo cual se excluye la utilización de cualquier otro medio que no esté establecido en la ley.

La aparición de nuevos medios por los avances tecnológicos importa la existencia de una realidad que requiere ser reconocida por el legislador a través de la modificación de los textos legales que contemplan los medios de prueba, pero aquellos no podrían ser reconocidos por los jueces sin que exista una reforma legal previa, incurriéndose en ese evento en una infracción de ley.

Esta situación ha experimentado una evolución sólo en materia penal, puesto que el legislador ha establecido en el artículo 113 bis del Código de Procedimiento Penal, agregado por la Ley 18.857, de 6 de diciembre de 1989, que "podrán admitirse como pruebas películas cinematográficas, fotografías y otros sistemas de reproducción de la imagen y del sonido, versiones taquigráficas y, en general, cualquier medio apto para producir fe". No obstante, aun respecto de estos medios se ha establecido el sistema de la tarifa legal, puesto que el referido precepto legal establece que "estos medios podrán servir de base a presunciones o indicios". En consecuencia, en el proceso penal es posible admitir los modernos medios de prueba por parte del tribunal, pero ellos nunca podrán servir por sí solos para dar por acreditado un hecho, al establecerse que sólo podrán constituir una base sobre la cual se debe construir una presunción o indicio.

Para paliar esta rigidez del sistema de prueba legal se contemplan los sistemas analógico y de la prueba libre o discrecional.

De acuerdo con el sistema analógico, se sostiene que la enumeración que se efectúa por el legislador respecto de los medios de prueba es taxativa en cuanto al género, pero no en cuanto a la especie.

Es por ello que los medios de prueba creados por el avance tecnológico serán admisibles si ellos guardan analogía o son asimilables a los señalados por el legislador. Así se señala que será documento una fotografía, una radiografía y eventualmente una grabación fonográfica.



Los que sustentan esta doctrina señalan que no es necesario que se modifique la legislación para la incorporación como medio de prueba de aquellos elementos creados por el avance tecnológico, sino que ello puede realizarse a través de una interpretación progresiva y analógica.

Al respecto, el destacado procesalista uruguayo Eduardo Couture ha señalado que *"la impresión dactiloscópica para suscribir documentos de alfabetos, el análisis de la sangre en la investigación de la paternidad, la radiografía en materia de accidentes en general y del trabajo en particular, la autopsia en los casos de envenenamiento o muerte violenta, el registro de la voz en los actos de transmisión radiotelefónica, la fotografía, etc., son otros tantos medios de prueba no previstos y algunos ni siquiera previsibles en el período de nuestra codificación procesal. Y todos ellos han sido acogidos por la jurisprudencia porque su valor de convicción es excepcional, justamente en los casos en que los otros medios de prueba ofrecen muy exiguos resultados.*

Ante esta aparente contradicción entre la doctrina y la vida del derecho, no parece necesaria una larga reflexión. Cuando los jueces dan ingreso a medios de prueba no previstos, a pesar del supuesto principio de indisponibilidad de ellos, es porque razones más fuertes instan a su aceptación. Ninguna regla positiva ni ningún principio de lógica jurídica brindan apoyo a la afirmación de que el juez no puede contar con más elementos de convicción que los que pudo conocer el legislador en el tiempo y en el lugar en que redactó sus textos. Por el contrario, lo jurídico, lo lógico y hasta lo humano es que el juez no cierre los ojos a las nuevas formas de observación que la ciencia pone, con imaginación siempre renovada, ante él. El progreso del derecho debe mantener su natural paralelismo con el progreso de la ciencia; negarlo significa negar el fin de la ciencia y el fin del derecho". Cuando se trata de fijar el régimen procesal de los diversos medios de prueba no especialmente previstos, se hace necesario asimilarlos a los especialmente previstos. Así, la impresión dactiloscópica, la fotografía, la radiografía, se rigen por los principios de la prueba documental; es asimismo un documento en sentido amplio, el disco sensible en que se ha grabado una voz, un ruido o un sonido musical; la prueba hematológica, la autopsia y la misma radiografía (en cuanto representaciones a interpretar) caen dentro del campo de la prueba pericial, etc.

"Puede admitirse, pues, en conclusión, que la enumeración de los medios de prueba no es taxativa, sino enunciativa, y que nada prohíbe al juez ni a las partes acudir a medios de prueba no especialmente previstos, siempre que los sometan a las garantías generales que son características del sistema probatorio". (Eduardo Couture. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Páginas 262 y 263. Ediciones Depalma, Buenos Aires).

De acuerdo con el sistema de la prueba libre o discrecional, la enumeración de los medios de prueba se efectúa sólo con un carácter referencial.

En este sistema se deja al juez en libertad para admitir u ordenar los que considere aptos para la formación de su convencimiento (Hernando Devis Echandía, *Teoría General de la Prueba Judicial*. Tomo I. Página 553. Zavalía Editor, 1988).

En consecuencia, se debe aceptar la utilización de todo nuevo medio de prueba, no por tenerse que asimilar por una interpretación analógica a los ya existentes, sino porque se adopta una apertura dentro del sistema que permite su incorporación en forma libre y discrecional para acreditar los hechos.

En este sistema se mantiene, eso sí, la prohibición de utilizar algunos medios por razones de legalidad, moral y de libertad personal.

En cuanto a su forma de rendición, se aplican analógicamente aquellas formas de producción establecidas por la ley o se entrega al tribunal la regulación de la forma en que ella deberá materializarse.

Finalmente, la apreciación en cuanto al valor de estos medios de prueba queda entregada al tribunal de acuerdo a las reglas de la sana crítica.

Para solucionar en forma definitiva este problema, debe modificarse el Código de Procedimiento Civil, contemplándose una norma semejante a la prevista en el N° 3 del artículo 299 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española, según la cual "cuando por cualquier otro medio no expresamente previsto en los apartados anteriores de este artículo pudiera obtenerse certeza sobre hechos relevantes, el tribunal, a instancia de parte, lo admitirá como prueba, adoptando las medidas que en cada caso resulten necesarias.

Con una regulación semejante de los medios de prueba permitiremos que el proceso se desarrolle para reproducir la realidad que debe ser juzgada y que experimenta avances tecnológicos con una velocidad siempre superior a aquella que puede poseer el legislador para encuadrarla dentro de la norma rígida.

6.2. La distribución de la carga de la prueba

La distribución de la carga de la prueba consiste en determinar a cuál de las partes dentro del proceso le corresponderá asumir el riesgo de que no se produzca la prueba respecto de los hechos dentro del proceso, debiendo en tal caso el juez fallar en su contra.

En nuestro ordenamiento jurídico, reglamenta la distribución de la carga de la prueba la norma de aplicación general contemplada en el primer inciso del artículo 1698 del C.C.

Esta disposición, si bien refleja el concepto de la carga de la prueba, es incompleta al no contemplar una serie de situaciones que pueden presentarse en torno de la materia en estudio, esto es, de la carga de la prueba, al referirse solamente la ley a la existencia o extinción de la obligación (hechos constitutivos y hechos extintivos), y por otra parte no se ajusta a las modernas teorías que deben regir para determinar la distribución de la carga de la prueba.

En la actualidad, se sostiene que la carga de la prueba de los presupuestos de hecho de una norma jurídica le corresponde a la parte a quien beneficia la aplicación de ella.

Esta teoría parte de la base de que es imposible elaborar una regla general fundada en los criterios que contemplan sólo la situación procesal de las partes (demandante o demandado) o que toma aisladamente el hecho objeto de la prueba (constitutivo, extintivo, invalidativo y convalidativo).

Para determinar a quien grava la carga de la prueba se debe considerar la posición que el hecho ocupa en relación con el fin jurídico perseguido por cada parte, es decir, con la norma legal que lo contempla como presupuesto de su aplicación. De esta premisa se deduce la regla general de distribución de la carga de la prueba, según la cual quien resulte favorecido por la norma legal, porque consagra el fin jurídico que persigue, soporta la carga de probar el supuesto de hecho de ella (a menos, naturalmente, que por estar admitido o confesado por la otra parte no requiera de más prueba, o que esté exento de ésta por gozar de presunción legal, ser un hecho notorio, evidente o tratarse de una negativa indefinida).

De acuerdo con ello corresponde la carga de probar un hecho a la parte cuya petición (pretensión o excepción) lo tiene como presupuesto necesario, de acuerdo con la norma jurídica aplicable; o expresada de otra manera, a cada parte le corresponde la carga de probar los hechos que sirven de presupuesto a la norma que consagra el efecto jurídico perseguido por ella, cualquiera sea su posición procesal. O como dice el art. 177 del C.P.C. colombiano: "Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen" (Devis Echandía Hernando. *Teoría General de la Prueba*. Tomo I. Pág. 490, 1988, Zavalia Editor).

Por otra parte, debemos tener presente que la carga de la prueba conduce, mirado desde un punto de vista individual y dando aplicación al principio dispositivo, a determinar a quién corresponde probar los hechos en el proceso.

Desde este punto de vista, se ha señalado en forma clásica que la carga de la prueba se determina según el rol que el sujeto asuma en el juicio.

Una visión más moderna nos indica que la carga de la prueba le corresponde a la parte que pretende beneficiarse de la norma jurídica en la cual fundamente una pretensión, defensa o excepción, siendo ésta la que debe probar el presupuesto de hecho contenido en la norma.

Todas estas reglas están dirigidas al juez, para los efectos de tenerlas presentes en caso de insuficiencia de las pruebas rendidas en el proceso al momento de fallar; y a las partes, quienes deben conocer dicha distribución durante el curso del proceso para los efectos de acreditar los hechos que fundamentan su pretensión.

Las referidas tesis han sido criticadas por el procesalista argentino Augusto Morello "por partir de una posición acentuadamente liberal del derecho procesal, al centrarse en el polo referencial del interés de las partes, que opera así como única polea de impulso y transmisión del principio dispositivo y de una visión privatística del quehacer judicial.

De suerte que quedan pospuestos (o en una posición demasiado subalterna) otros valores que, según entendemos, igualmente deben ser rescatados, haciéndoselos jugar en una interpretación armonizante, con la significación que ellos revisten y que permiten insuflar, al reparto probatorio, un matiz que en numerosas circunstancias cobra registro decisivo.

Nos referimos obviamente al principio de la solidaridad, que obliga a aquella parte que se encuentra en mejores condiciones de suministrar la prueba.

Es una regla de experiencia verificable en el banco de ensayo de lo que acontece en el tráfico judicial –en materia contractual, de vicios del acto jurídico, simulación o fraude, de prestación de servicios, entre muchas similares– que por el conocimiento de las circunstancias, el menor costo en la tarea de aportar la prueba, ser el medio que dispone el más adecuado, económico o de directo acceso o realización, etc., a una sola le es más cómodo proponerla y practicarla y no así a la otra ni al propio órgano jurisdiccional. Por consiguiente "debería" aquélla desplegar, en ese tramo, la conducta diligente y útil al resultado eficaz de su necesario aporte.

Es decir, llevarla a cabo con preferencia a la que en el reparto parecía imputada por la norma como adjudicataria.

Lo anterior desemboca en una bien entendida funcionalidad del principio de cooperación (o de efectiva colaboración), que a su vez se radica en el más comprensivo y de mayor fuerza operativa, que es el de la solidaridad. Y ambos en el de la buena fe.

Con lo cual se descalifican, por ejemplo, aquellos comportamientos que se limitan a la fácil negativa (tratándose, v. gr., de la remisión de mercaderías, una vez fijadas las pautas de la venta, de la factura para postular la ausencia de convención sobre el precio) o el omitir, como espectador más que como partícipe necesario, lo que la jurisdicción aguarda de ese litigante.

En estos supuestos, no parece suficiente ni valioso el solo manejo de la regla conforme a la cual el actor tiene la carga de acreditar los hechos constitutivos del derecho que invoca y el demandado los extintivos, impeditivos o modificaciones que opone a aquéllos.

Ante ese cuadro el juez, de acuerdo a las particularidades del caso y a la conducta obrada por las partes, reparará la quiebra del deber de cooperación, haciéndolo jugar contra el infractor al representar un módulo de utilización razonablemente adecuado para arribar a la acreditación de las afirmaciones controvertidas. Expresándolo con las palabras del artículo 163 inciso 5° apartado 2° del Código Procesal, esa falta de cooperación activa, entre otras matizaciones, traduce la conducta observada por las partes durante la substanciación del proceso y podrá constituir un elemento de convicción corroborante de las pruebas, inclusive los indicios y presunciones, para juzgar la procedencia de las respectivas pretensiones.

El solidarismo y la buena fe sustentan una postura que avanza sobre criterios prioritariamente liberales que han de ceder paso a los anteriormente mencionados, integrándose en la hermeneútica de un balanceo armonizador, con las exigencias actuales en pro de un obrar eficiente y justo.

La idea que sustentamos es la de que siendo la finalidad de la jurisdicción prestar el buen servicio de justicia (para lo cual no debe malograrse la búsqueda de la verdad esencial o verdad jurídica objetiva), el comportamiento contrario a esa lógica y diligente cooperación o colaboración hacia el órgano, no parece ausplicable y su quebrantamiento, por el contrario, lleva los riesgos pertinentes en perjuicio de quien hace oídos sordos a tales exigencias. No es bastante ya refugiarse en la defensa del propio interés

con olvido del valor superior de una solidaridad que, en una concepción humanista, emerge inescapable para el logro cabal de la finalidad esencial de hacer justicia.

Acaso pueda resumirse lo antes expuesto a través de una conciliación funcional más intensa entre los deberes y las cargas, en el sentido de comunión de propósitos, pero con un despliegue más afinado de sus contenidos, conforme al horizonte público con que hoy se demandan esos requerimientos (Augusto M. Morello. *La Prueba. Tendencias Modernas*. Capítulo Tercero. Hacia una visión solidarista de la carga de la prueba. Páginas 55 a 64. Abeledo Perrot. Buenos Aires).

En nuestro derecho se contemplaría con carácter excepcional la aplicación del principio de solidaridad en la carga de la prueba dentro del juicio de mínima cuantía. Al efecto, establece el artículo 724 del C.P.C. que "la prueba se apreciará en la forma ordinaria. Pero podrá el tribunal, en casos calificados, estimarla conforme a conciencia, y según la impresión que le haya merecido la conducta de las partes durante el juicio y la buena o mala fe con que hayan litigado en él". En el mismo sentido y apreciando el deber de colaboración, se autoriza al tribunal para la división de la confesión en el proceso penal en caso que no resulten comprobadas las circunstancias eximentes o atenuantes que éste hubiere agregado en su confesión, teniendo presente para ello los antecedentes, carácter y veracidad del procesado y la exactitud de su exposición.

De acuerdo con ello, sostenemos que debe excluirse del Código Civil todo lo relativo a la prueba de las obligaciones y regularlas dentro del Código de Procedimiento Civil, contemplándose una regulación de distribución de la carga de la prueba basada en la posición que el hecho ocupa en relación con el fin jurídico perseguido por cada parte, es decir, con la norma legal que lo contempla como presupuesto de su aplicación. Por otra parte, debería contemplarse la posibilidad de aplicar el principio de la solidaridad por parte del tribunal al apreciar la prueba conforme a las reglas de la sana crítica, respecto de las partes que poseyendo los medios de prueba en su poder injustificadamente no los hubieren aportado al proceso, dado que en definitiva la dictación de sentencias que se apartan de los hechos traicionan la finalidad pública del proceso, que no es otra que la justa composición del litigio, al cual deben cooperar todas las partes de éste.

6.3. El sistema de apreciación de la prueba

Los sistemas o reglas de valoración de la prueba son aquellos destinados a determinar la eficacia probatoria de los diversos medios de prueba.

De acuerdo con ello los sistemas de valoración de la prueba, como su nombre lo indica, están destinados básicamente a determinar el valor de un medio determinado de prueba; pero además se refieren a la exigencia de acreditar un hecho mediante un específico medio de prueba; la exclusión de un medio de prueba para los efectos de acreditar un hecho; y la valoración comparativa entre las diversas pruebas rendidas.

Atendiendo al sujeto que establece las reglas para determinar el valor de la prueba y la oportunidad en que ello se verifica, podemos distinguir:

- Sistema de valoración legal, apriorística y extrajudicial
- Sistema de valoración judicial o a posteriori, distinguiendo dentro de este sistema el de la sana crítica y de la libre convicción.

La distinción entre los sistemas de la prueba formal, legal o tasada, y prueba racional, moral o libre se efectúa a propósito de la valorización que debe efectuarse por el tribunal de las pruebas rendidas en el proceso.

La valoración de la prueba puede efectuarse estableciéndose anticipadamente por el legislador el criterio que deberá seguir el tribunal para ponderar la prueba (sistema de apreciación apriorística o extrajudicial) u otorgándose libertad al juez para que, en el proceso mismo, decida y determine el mérito que otorgará a la actividad probatoria para dar por establecidos los hechos (sistema de apreciación a posteriori o judicial).

Dentro del sistema de apreciación apriorística o extrajudicial de la prueba se encuentra el principio de la prueba formal y dentro del sistema de apreciación a posteriori o judicial se encuentra el principio de la prueba racional.

De acuerdo a Wyness Millar, en "el primero, prueba formal o legal, el valor de la prueba es fijado por **reglas firmes** a las que el juez ha de atenerse hasta contra su convicción; conforme al segundo, prueba racional o moral, el tribunal puede valorar libremente la prueba y decidir al respecto de acuerdo a su conciencia. En resumen, en uno se orienta hacia la convicción objetiva del juez y otro hacia la subjetiva".

Los sistemas probatorios se individualizan considerando los aspectos referentes a la forma en que se establecen los medios de prueba, el procedimiento que se ha de seguir para rendir la prueba; y fundamentalmente la determinación del valor probatorio de los medios de prueba y su valorización por el tribunal.

Estos principios de valorización de la prueba van ligados a otros principios formativos del procedimiento que conllevan hacia la aplicación de alguno de esos sistemas.

Así el orden consecutivo discrecional, la intermediación y la oralidad conducen a la aplicación del sistema de la libre convicción. En cambio, el orden consecutivo legal, la mediación y la protocolización conducen normalmente a la aplicación del sistema de prueba legal o tasada y en algunas ocasiones al sistema de la sana crítica si concurre también la intermediación.

De acuerdo a lo señalado por Couture, "los criterios de valoración de la prueba son, a nuestro modo de ver, tres:

a) **Pruebas legales:** imputación anticipada en la norma de una medida de eficacia.

b) **Sana crítica:** remisión a criterios de lógica y de experiencia, por acto valoratorio del juez.

c) **Libre convicción:** remisión al convencimiento que el juez se forma de los hechos en casos excepcionales en los cuales la prueba escapa normalmente al contralor de la justicia, por convicción adquirida por la prueba de autos, sin la prueba de autos o aun contra la prueba de autos".

En un sistema en que los órganos que ejercen la función jurisdiccional revisten el carácter de letrados y en los cuales se delega el ejercicio de la soberanía no es concebible concebir un sistema de libre convicción.

Al respecto el profesor Colombo señala que "libre es el que tiene facultad de obrar o no obrar", según el diccionario de la Real Academia. También lo es el que no está sujeto.

En materia probatoria, libre es el juez que puede dar o no dar por probados los hechos, cualesquiera que sean las pruebas que haya en el proceso. Este juez no está sometido a medios, procedimientos ni reglas de valoración".

Dentro del sistema de la libre convicción se persigue que el juez llegue, a través del proceso, a la verdad real –más propiamente dicho, se alcance la certeza histórica judicial.

El proceso debe conducir a un acercamiento a la verdad, la que debiera ser universal, objetiva y material.

El tribunal debe fundar su fallo de tal manera que permita a toda la comunidad tener el convencimiento que, a través de los antecedentes acumulados en el proceso se ha llegado al establecimiento de hechos que corresponden a la verdad y se ha dado a través de la sentencia a cada uno lo que le corresponde (“Socialización de la sentencia”).

En nuestro Código de Procedimiento Civil, recibe una aplicación preferente el sistema de la prueba legal o tasada, que es el extremo opuesto al sistema de la libre convicción.

Este sistema de la prueba legal se originó como una reacción a la demasía de los jueces cometida en los procesos en que predominaba el principio inquisitivo y que en su tiempo significó una forma de arbitrariedad.

Mediante el sistema de la prueba legal se pretendió restablecer la autoridad de quienes tenían el poder público y garantizar a los justiciables el fallo del proceso conforme al mérito de éste, preestableciendo normas obligatorias para los jueces en cuanto a la forma en que debían valorizar las pruebas rendidas.

En el sistema de la prueba legal o tasada, sólo se persigue que a través del proceso se llegue a una verdad suficiente acerca de cómo acaecieron los hechos, aun cuando el tribunal no adquiriera la convicción plena de cómo éstos ocurrieron por la aplicación de las normas preestablecidas por el legislador. En este caso más propiamente se puede decir que el juez alcanza una certeza histórica legal respecto de los hechos.

En este sistema es el legislador y no el juez quien determina la forma en la que debe valorizar la prueba, teniendo éste sólo un papel de aplicador de la norma jurídica para determinar el valor que ha de tener cada medio de prueba.

El sistema de la prueba legal se caracteriza por la existencia de **leyes reguladoras de la prueba**, esto es, “el conjunto de disposiciones que dentro de un sistema probatorio, y fundamentalmente dentro del sistema de la prueba legal o tasada, establecen los medios de prueba utilizables por las partes y aceptables por el juez, su valor, la forma en que las partes

deben llevarlos a cabo y la manera como el tribunal debe apreciarlos o ponderarlos”.

Se ha criticado este sistema porque disminuye la persona del juez al otorgársele un papel limitado de sólo aplicador de la norma rígida a los medios de prueba para arribar a una certeza histórica legal que le permita fallar el conflicto, y porque en el mundo moderno no se contemplan los medios de prueba que se generan por los avances tecnológicos y consiguientemente el valor de ellos, produciéndose una disociación entre el mundo real y el mundo jurídico formal que rige la apreciación de la prueba.

En el mundo moderno rige el sistema de la sana crítica, el que nació como consecuencia de los extremos a los que pueden conducir al juez los otros dos sistemas: la liberalidad absoluta de un sistema que puede conducir a la arbitrariedad, si el juez actúa motivado más por impulsos afectivos que por la lógica y el contenido mismo del expediente; y la rigidez del otro, que puede conducir a la división de la convicción.

De acuerdo a lo señalado por Couture, “la sana crítica está integrada por reglas del correcto entendimiento humano, contingentes y variables, con relación a la experiencia del tiempo y lugar, pero que son estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia.

De lo expuesto por Couture, se desprende que el sistema de la sana crítica está basado en la aplicación de dos principios:

- a) El juez debe actuar de acuerdo a las reglas de la lógica.
- b) El juez debe actuar aplicando las reglas de la experiencia.

Nuestra jurisprudencia ha señalado que “la sana crítica”, según la doctrina, es aquella que nos conduce al descubrimiento de la verdad por los medios que aconsejan la razón y el criterio racional, puestos en juicio. Conforme a su acepción gramatical, puede decirse que es el análisis, hecho en forma sincera y exento de malicia, de las opiniones expuestas acerca de cualquier asunto. Las reglas que la constituyen no están formuladas en la ley. Trátase, por ende, de un proceso intelectual, interno y subjetivo del que analiza una opinión expuesta por otro, o sea, consiste en una materia esencialmente de apreciación y, por lo mismo, de hecho, cuya estimación corresponde exclusiva y privativamente a los jueces del fondo” (C.S. 1-04-1971 Rev. D^º Jur. N^º 68 sec. 1^ª p. 76 Supl. Rep. C. Civ.1983, Pág. 27, Fallo 20).

En el sistema de la sana crítica es posible que existan, al igual que en el sistema de la prueba legal, normas que preestablezcan los medios de prueba, la carga de ella, la forma y oportunidad en que deberá rendirse, puesto que lo realmente trascendente para diferenciar ambos sistemas radica en la función que deberá desempeñar el juez en el instante procesal de valorizar la prueba.

El Código de Procedimiento Civil debe ser modificado para establecer un sistema de sana crítica para la apreciación de la prueba, dado que con ello se establece un sistema que permitirá que siempre el mundo jurídico se encuentre ajustado a la evolución tecnológica que experimente el mundo real, sin perjuicio de tener presente que éste es sistema que se ha incorporado para regir en los diversos procedimientos que se han regulado por nuestro legislador a partir de mediados del siglo pasado.

No obstante lo anterior, deberá contemplarse como excepción para que rija el sistema de la prueba legal o tasada en las materias que digan relación con la prueba de los contratos solemnes, los que deben ser acreditados por medio de su solemnidad, y en los que dice relación con los títulos ejecutivos, dado que sólo pueden revestir tal carácter los expresamente contemplados por el legislador.

De la breve exposición anterior, que abarca sólo algunas materias, podemos apreciar que las modificaciones que se requieren respecto de nuestro Código de Procedimiento Civil son más bien de carácter estructural, las que requieren sustentarse en una organización judicial que cuente con los jueces y los recursos necesarios para una adecuada, moderna y expedita resolución de los conflictos, en aras de una justa y eficaz convivencia social.

Sin perjuicio de ello, las reformas por nosotros mencionadas podrán importar un adelanto para acercarnos a lo que debe ser un proceso civil moderno dentro de la sociedad del siglo XXI.