
Análisis crítico de las facultades probatorias de las partes en segunda instancia en el proceso civil chileno*

» RAÚL NÚÑEZ OJEDA**
» NICOLÁS CARRASCO DELGADO***
» GERARDO ROJAS OLIVARES****

RESUMEN. El presente artículo realiza un análisis crítico de la regulación contemplada en el código de procedimiento civil de los medios probatorios cuya iniciativa corresponde a las partes durante la segunda instancia. El evaluador de dicha regulación será la carga de prueba objetiva, la que comprende ciertos objetivos de buena fe procesal. Se sostiene que la posibilidad de rendir prueba en segunda instancia

* Fecha de recepción: 27 de noviembre de 2018. Fecha de aceptación: 23 de septiembre de 2019. Para citar el artículo: NÚÑEZ OJEDA, R.; CARRASCO DELGADO, N. y ROJAS OLIVARES, G., “Análisis crítico de las facultades probatorias de las partes en segunda instancia en el proceso civil chileno”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 38, enero-junio 2020, 331-363, doi: 10.18601/01234366.n38.12.

Este trabajo se enmarca en el proyecto FONDECYT regular n.º 1170067, que lleva por título “El principio de la buena fe procesal. Análisis dogmático y crítico de su rol como fuente de cargas, deberes y sanciones en la formación del debate:”, cuyo investigador principal es el profesor Dr. Jorge Larroucau Torres.

** Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, Chile; profesor de Derecho Procesal Civil y Penal. Doctor en Derecho de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona, Barcelona, España. Abogado de la Universidad de Valparaíso, Valparaíso, Chile. Contacto: raul.nunez@pucv.cl Orcid: 0000-0002-6074-5667.

*** Universidad de Chile, Santiago de Chile, Chile; profesor asistente de Derecho Procesal. Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, España. Abogado y magíster de la Universidad de Chile, Santiago de Chile, Chile. Contacto: ncarrascod@gmail.com Orcid: 0000-0001-9026-3266.

**** Universidad de Chile, Santiago de Chile, Chile; profesor *part-time* del Departamento de Ingeniería industrial de la Universidad de Chile, Santiago de Chile. Ingeniero civil industrial por la Universidad de Chile, Santiago de Chile, Chile. Magíster (c) en Economía Aplicada por la Universidad de Chile, Santiago de Chile, Chile. Contacto: gerardorojas@ing.uchile.cl Orcid: 0000-0002-9485-3025.

permite comportamientos estratégicos y una divergencia entre los intereses públicos y privados. Por tanto, la presentación de prueba en esa instancia debe limitarse a la existencia de hechos nuevos. Esto último es más acorde con la finalidad revisora del recurso de apelación.

PALABRAS CLAVE: derecho procesal, proceso civil, recursos, apelación, prueba, facultades probatorias de las partes, buena fe.

Critical Analysis of the Regulation of the Proof Powers of the Parts in the Second Instance in the Civil Chilean Process

ABSTRACT. This article makes a critical analysis about the regulation contemplated in the civil procedure code regarding the means of proof whose initiative corresponds to parties during the processing of the second instance. The evaluator of this regulation will be the burden of objective proof, which includes certain objectives in good procedural faith. It is argued that the possibility of testing in the second instance allows strategic behaviors and a divergence between public and private interests. Therefore, the presentation of evidence in that instance must be limited to the existence of new facts. The latter is more in line with the review purpose of the appeal.

KEYWORDS: Procedural Law, Civil Procedure, Legal Resource, Appeal, Evidence, Probatory Powers of the Parties, Good Faith.

SUMARIO. Introducción. I. Algunas notas sobre la regulación del recurso de apelación. II. Justificación de las decisiones judiciales, prueba y verdad. III. La buena fe procesal en una perspectiva económica. IV. Prueba en el recurso de apelación civil chileno. Conclusiones. Referencias.

Introducción¹

Durante los últimos 30 años la doctrina ha discutido si es posible aplicar y exigir a las partes de un proceso conductas que se encuadren dentro de lo que se ha llamado “la buena fe procesal”, no con pocas dificultades en torno, primero, a determinar lo que es, y luego, a si es posible aplicarla a los litigantes y si se encuentra consagrada o no en la legislación correspondiente². A pesar de lo anterior, siempre se ha

1 Los autores agradecen al abogado don Christof Schwarz Pizarro y a la ayudante de Derecho Procesal Civil de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso doña Belén Carrión Griffiths por su colaboración en la revisión y adecuación de las citas a las normas de la revista.

2 A modo ejemplar de esta extensa bibliografía: CACHÓN CADENAS, M., “La buena fe en el proceso civil”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, 17, 2005, 209-250; CARRETTA MUÑOZ, F., *La coherencia en el proceso civil. Imperativo conductual y decisonal desde la buena fe (casos y jurisprudencia)*,

comprendido que la buena fe acepta amplias posibilidades de actuación para los litigantes. En nuestro trabajo consideramos que es posible identificar si una regulación específica permite o incentiva comportamientos que se estimen contrarios a la buena fe procesal. Para ello, nos centramos en la regulación de los medios probatorios que las partes pueden aportar durante la tramitación de la segunda instancia. Al respecto, estimamos que la posibilidad de que las partes reserven prueba para presentar en la segunda instancia favorece una conducta estratégica, que debe ser limitada.

I. Algunas notas sobre la regulación de recurso de apelación

En este apartado haremos algunas consideraciones respecto del recurso de apelación. Es de interés indagar los diversos modelos de apelación para así clarificar el tipo de régimen de segunda instancia que se tiene en Chile. Es importante señalar que esa segunda instancia se inicia precisamente como consecuencia del recurso de apelación, a propósito de cuya normativa encontramos el tratamiento normativo de la prueba en tal instancia, que es el objeto de este artículo.

A nivel doctrinario cabe observar que los diversos ordenamientos jurídicos reglamentan los recursos procesales en formas diferentes, siendo de señalar que las grandes diferencias se pueden clasificar en razón de un control amplio o restringido por parte del superior jerárquico³. En algunos casos serán más restringidos, como sucede en los ordenamientos de tradición anglosajona, lo cual se justifica en que los juicios que se realizan en dichos países tienen lugar ante los jurados, razón por la cual no podría repetirse, o bien el tribunal de segunda instancia no podría conocer

Santiago, Thomson Reuters, 2013; CARRETTA MUÑOZ, F., “La simetría de la relación adjetiva civil y el abuso procesal de los jueces”, *Revista de Derecho Valparaíso*, 37, n.º 1, 2012, 325-341; COHEN, J. y LARRY, W., “Good Faith and Fair Dealing: A Primer on the Differences between the United States and Canada”, *Franchise Law Journal*, 22, n.º 1, 2002, 37, 40-46; COLOMA CORREA, R., “Vamos a contar mentiras, tramará... o de los límites a los dichos de los abogados”, *Revista de Derecho*, 19, n.º 2, Valdivia, 2006, 27-52; GORIGOIYÁ ABBOTT, F., “La buena fe en el proceso civil chileno”, *Nomos. Revista de Derecho*, 2, 2008, 133-159; HUNTER AMPUERO, I., “No hay buena fe sin interés: la buena fe procesal y los deberes de veracidad, completitud y colaboración”, *Revista de Derecho*, 21, n.º 2, Valdivia, 2008, 151-182; LARROUCAU TORRES, J., “Tres lecturas de la buena fe procesal”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, 21, 2013, 259-305; LARROUCAU GARCÍA, M., “La buena fe procesal y el deber de colaboración de las partes en los procedimientos laborales”, *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 1, n.º 1, 2010, 67-81; “Good Faith in Civil Law Systems. A Legal-Economic Analysis”, *Revista Chilena de Derecho*, 18, 2012, 149-177; O’CONNOR, J. F., *Good Faith in English Law*, Aldershot, Dartmouth, 1990; PICÓ I JUNOY, J., “El debido proceso leal. Reflexiones en torno al fundamento constitucional del principio de la buena fe procesal”, *Revista Peruana de Derecho Procesal*, 9, 2006, 331-372; PICÓ I JUNOY, J., *El principio de la buena fe procesal*, 2.ª ed., Barcelona, Bosch, 2013; ROMERO SEGUEL, A., “El principio de la buena fe procesal y su desarrollo en la jurisprudencia, a la luz de la doctrina de los actos propios”, *Revista Chilena de Derecho*, 30, n.º 1, 2003, 167-172; SUMMERS, R., “The General Duties of Good Faith - Its Recognition and Conceptualization”, *Cornell Law Review*, 67, 1982, 810-835; TARUFFO, M., “Elementos para una definición de abuso del proceso”, *Páginas de justicia civil*, Madrid, Barcelona y Buenos Aires, Marcial Pons, 2009, 295-310.

3 Sobre el punto véase también, en la doctrina chilena, entre otros, NÚÑEZ OJEDA, R. y PÉREZ RAGONE, A., *Los medios de impugnación*, Santiago, Thomson Reuters, 2015, 85 ss.

de la misma forma que lo hizo el tribunal inferior, importando en todo caso un gran costo para el Estado. Mientras que en otros ordenamientos, como el chileno, la revisión que realiza el tribunal superior es mucho más amplia, pues, en aras de reducir el error judicial, se acepta cierta desconfianza en los tribunales inferiores⁴.

El recurso de apelación no es ajeno a lo anterior, y previamente se distinguen modelos de apelación plena o amplia, y de apelación restringida o limitada. En el fondo, la discusión que subyace en los distintos modelos se refiere a cuál es el contenido del recurso de apelación: si debe ser entendido como una fase más del desarrollo de la acción procesal, que discurre dentro de un mismo proceso (fundamentalmente, en una función revisora⁵), o si, por el contrario, debe ser entendido como un proceso autónomo e independiente⁶. Así, en definitiva, la discusión se centra en la naturaleza jurídica de la apelación y, de acuerdo con el modelo por el que el legislador opte, esto repercutirá en los límites del recurso de apelación⁷.

Con todo, debe hacerse presente que la doctrina extranjera, en forma mayoritaria, ha sostenido que al interponerse un recurso de apelación el recurrente no incoa un nuevo proceso, sino que, a lo sumo, abrirá una nueva instancia o fase revisora dentro del proceso originario⁸.

Ahora bien, en dichos modelos se subdistinguen diferentes variantes, atendiendo a si esta amplitud o estrechez concierne a los hechos o también al derecho, y respecto a este último podrá referirse únicamente a la forma, al fondo o a ambos.

Para capturar las posibilidades de los distintos modelos de apelación utilizaremos una representación en lenguaje matemático. Si la sentencia de primera instancia (S_1) es un número real mayor o igual que -1 y menor o igual que 1 , donde mayores aproximaciones a 1 reflejan un resultado favorable a la parte demandante, mientras resultados cercanos a -1 muestran una sentencia que beneficia a la parte demandada,

4 VÉSCOVI PUPPO, E., *Los recursos judiciales y demás medios de impugnación en Iberoamérica*, Buenos Aires, Depalma, 1998, 101-102; SOLÉ RIERA, J., *El recurso de apelación civil*, Barcelona, Bosch, 1998, 39 ss.

5 PALOMO VÉLIZ, D., “Apelación, doble instancia y proceso civil oral”, en TAVOLARI OLIVEROS, R. (dir.), *Derecho procesal contemporáneo*, Santiago, Metropolitana, t. II, 2010, 1236.

6 CHIOVENDA, G., *Instituciones de derecho procesal civil*, Madrid, Revista de Derecho Privado, t. III, 1940, 382.

7 A diferencia del ordenamiento español, que configura un recurso de apelación limitado, tradicionalmente (aunque la reforma de 2001 es limitativa en relación con el modelo original) el código procesal civil alemán diseñaba una verdadera segunda instancia, una apelación plena, más amplia en cuanto a oportunidades procesales, sin limitaciones derivadas de la mera prescripción. Véase ESPARZA LEIBAR, I. *La instancia de apelación civil. Estudio comparativo entre España y Alemania*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, 59.

8 Entre otros: FAIRÉN GUILLÉN, V., *Doctrina general del derecho procesal*, Barcelona, Bosch, 1992, 31; PASCUAL SERRATS, R., *El recurso de apelación civil (Facultades de las partes y poderes del tribunal “ad quem”)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, 360; PICÓ I JUNOY, J., “Oralidad y control de las pruebas en segunda instancia”, en TAVOLARI OLIVEROS, R. (dir.), *Derecho procesal contemporáneo*, Santiago, Metropolitana, t. II, 2010, 1211.

podemos decir que cada sentencia se conforma de dos partes: hechos (h) y aplicación del derecho (d). Así, tenemos:

$$S_1 = h \cdot d$$

$$S_1 \in [-1,1]$$

En este caso, los hechos, representados por h , toman valores mayores que 0 y menores o iguales a 1, en tanto la aplicación del derecho, d , se aplica con valores entre -1 y 1. Para capturar los efectos de los modelos de apelación definimos δ y λ como los porcentajes de mantención sobre las definiciones de primera instancia de hechos y derechos, respectivamente.

La razón detrás de esta forma de modelar es que, formalmente, la definición de los hechos se entiende como la base sobre la que se aplica el derecho, que puede favorecer una u otra postura de la disputa. Así, se abre la posibilidad de que la revisión de segunda instancia cambie el resultado de la sentencia original, lo que queda representado con el cambio de signo.

La sentencia de segunda instancia o de corte de apelaciones se denota como S_{ca} , y queda representada por:

$$S_{ca} = (\delta) h \cdot (\lambda) d$$

Para capturar los efectos de los modelos de apelación, δ y λ se entienden como la cuantificación de la mantención sobre las definiciones de primera instancia de hechos y derechos, respectivamente. Valores más altos de δ y λ indican mayor deferencia con la decisión de primera instancia.

Así, por ejemplo, una modificación en los hechos cuantificable en que se mantiene un 80 % ($\delta = 0.8$) se interpreta como alto nivel de consideración hacia la decisión original. Si, además, hay una modificación en la aplicación del derecho, cuantificable en el 50 %, entonces $\lambda = 0.5$ y la deferencia en este punto es consistente en signo con la decisión original. El resultado final es que la sentencia de segunda instancia se expresa como:

$$S_{ca} = 0.5h \cdot 0.8d$$

que modifica la sentencia de primera instancia, manteniendo el 40 % de la sentencia original⁹, que, recordemos, es $S_1 = h \cdot d$.

Es decir, siguiendo el cálculo, $S_{ca} = 0.5h \cdot 0.8d = 0.4 \cdot \underbrace{h \cdot d}_{S_1} = 0.4 \cdot S_1$

9 El 40 % se obtiene de multiplicar el porcentaje de mantención de hechos y derechos, que en este ejemplo es 0.5, por 0.8.

En caso extremo, un nivel máximo de deferencia se alcanza cuando tanto δ como λ valen 1. Es decir, se mantiene el 100 % de la decisión de primera instancia, con lo cual la sentencia de segunda instancia es:

$$S_{ca} = h \cdot d$$

que equivale exactamente a la sentencia de primera instancia.

Describamos brevemente los cuatro modelos de revisión presentes en la literatura, ajustados por los parámetros definidos para δ y λ .

1. Sistema de control amplio sobre los hechos y el derecho: cabe señalar que este modelo de apelación es inexistente en la actualidad. Este modelo se puede expresar mediante la fórmula:

$$S_{ca} = (\delta) h \cdot (\lambda) d \quad (1)$$

Donde S_{ca} corresponde a la sentencia de segunda instancia.

Para este caso, de control amplio en hechos y derecho, δ (control sobre los hechos) puede tomar valores entre 0 y 1, en tanto λ (control sobre el derecho) puede tomar valores de -1 a 1.

2. Sistema de control restringido sobre los hechos y amplio sobre el derecho, tanto de forma como de fondo. Este es el modelo empleado por nuestro recurso de apelación. Ello trae como consecuencia que exista la posibilidad de rendir prueba en segunda instancia, pero de forma restringida (arts. 207, 310 inc. final, 348 y 385 c.p.c.), y además que en la apelación se puede conocer sobre errores *in iudicando* e *in procedendo*¹⁰. Asimismo, no hay limitaciones en los hechos que conforman el agravio, pero se limita el agravio mismo. Lo que puede ser expresado como:

$$S_{ca} = (\delta) h \cdot (\lambda) d \quad (2)$$

Donde δ toma valores de 0 a 0,5, mientras λ se mueve entre -1 y 1.

Esto es, la sentencia de segunda instancia (S_{ca}) se construye sobre la base de un control amplio sobre el derecho (d) y restringido sobre los hechos (h). En este caso, los parámetros λ y δ reflejan que la sentencia solamente podrá realizar un control restringido sobre hechos, de forma que en una escala de intensidad de revisión de 0 a 1 el control restringido comprende una revisión de 0 a 0,5.

3. Sistemas de control restringido del derecho (en aspectos de fondo y/o de forma), excluyéndose a los hechos. Este modelo se puede modelar como:

10 Un vicio o error, cuando versa sobre la incorrecta decisión adoptada por un órgano jurisdiccional, se llama *error in iudicando*. La incorrección puede recaer sobre los hechos como sobre el derecho. En cambio, los vicios o errores *in procedendo* dicen relación con los yerros, incorrecciones e irregularidades cometidos en los actos jurídicos procesales que conforman el proceso.

$$S_{ca} = h \cdot (\lambda) d \quad (3)$$

Donde λ se mueve entre -0.5 y 0.5 . La fórmula expresa que la sentencia de segunda instancia (S_{ca}) se construye sobre la base de una revisión restringida únicamente del derecho (d).

Explícitamente no se incluye el control sobre los hechos, δ , inexistente en este sistema.

4. Sistema de control restringido sobre los hechos y restringido sobre el derecho, el cual puede expresarse como:

$$S_{ca} = (\delta) h \cdot (\lambda) d \quad (4)$$

Donde δ se mueve entre 0 y 0.5 , y λ entre -0.5 y 0.5 .

II. Justificación de las decisiones judiciales, prueba y verdad

La prueba de los hechos constituye uno de los capítulos más importantes del derecho procesal civil. En este sentido, concordamos plenamente con Bentham¹¹ quien señaló, ya hace mucho tiempo, que “el arte del proceso es el arte de la prueba”. Con todo, es una materia que no ha tenido un desarrollo dogmático acorde con la importancia práctica que representa.

Así las cosas, el enunciado “está probado que p ” se usa para hacer referencia al resultado de la actividad probatoria desarrollada a favor y/o en contra de la conclusión p . Por tanto, decir que algo está probado equivale a predicar la verdad de aquello que se considera probado. De este modo, no habría diferencias entre las nociones de prueba y verdad¹². Es decir, una proposición está probada si los medios de prueba aportados permiten demostrar su verdad¹³.

En la doctrina procesal tradicional esta tesis no goza de la adhesión mayoritaria de los académicos, para quienes la prueba no reconoce como finalidad la búsqueda de la verdad¹⁴. Aquí se confunden dos cuestiones: la primera es que teleológicamente la finalidad de la institución jurídica de la prueba es la averiguación de la verdad sobre determinados hechos a los efectos de aplicarles, como consecuencia jurídica, determi-

11 BENTHAM, J., *Tratado sobre las pruebas judiciales*, Buenos Aires, EJEA, 1971, 12 ss.

12 TARUFFO, M., *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Bologna, Il Mulino, 2002, 277 ss.

13 Un panorama completo sobre las teorías de la verdad en la filosofía contemporánea se puede consultar, entre otros, en NICOLÁS, J. y FRAPOLLÍ, M., *Teorías de la verdad en el siglo xx*, Madrid, Tecnos, 1997 y VALDÉS VILLANUEVA, L., *En búsqueda del significado. Lecturas sobre filosofía del lenguaje*, Madrid, Tecnos, 1995.

14 En Chile, para la doctrina procesal civil tradicional, véase: BENAVENTE GORROÑO, D., *Derecho procesal civil*, Santiago, Jurídica de Chile, 2002, 32 ss. (incluso omite pronunciarse sobre el fin de la prueba); CAROCCA PÉREZ, A., *Manual de derecho procesal*, Santiago, LexisNexis Chile, t. II, 2003, 151 ss. También en Argentina es la regla general, como lo muestra: ARAZI, R., *La prueba en el proceso civil*, Buenos Aires, La Roca, 2008, 31 ss.

nadas soluciones normativas. La segunda cuestión concierne a si la verdad es o no un elemento definitorio de la prueba, en el sentido expresado anteriormente, de modo que no pueda considerarse de ningún modo que una proposición está probada si es falsa.

En definitiva, la prueba debe ser considerada como medio a través del cual el derecho pretende determinar la verdad de las proposiciones en el marco del proceso judicial. Por otro lado, dadas las limitaciones de ese medio, la presencia del mismo no garantiza la obtención del fin (la verdad)¹⁵.

Las distintas limitaciones procesales (normas contra-epistemológicas) y no procesales (tiempo, costo y medios humanos) que pueden interferir en la determinación de la verdad de los enunciados declarativos de hechos probados hacen que en algunas ocasiones se declaren probados enunciados falsos¹⁶.

Frente a ello se presentan dos alternativas, o bien se abandona la definición de la prueba en términos de verdad, esto es, la relación conceptual entre ambas nociones, o bien se sostiene que, en los casos en que se declara probado un enunciado acerca de los hechos que resulta falso, en realidad no está probado.

La doctrina procesal de finales del siglo XIX salvó este problema creando una distinción entre dos tipos de verdades, a saber: la verdad formal o forense y la verdad material o real. Para esta corriente, la verdad material es aquella de la que se habla fuera del proceso jurisdiccional, y por ello también puede hacerse referencia a la misma mediante la denominación de verdad en *sentido fuerte*. Esta verdad sería en la mayor parte de los casos inalcanzable en el proceso judicial. Por otro lado, tenemos la verdad formal (o verdad en *sentido débil*), que es aquella que se obtiene en el proceso como resultado de la actividad probatoria. Dicha verdad formal puede coincidir con la verdad material, pero sería aquella la que gozaría de autoridad jurídica¹⁷.

En la primera mitad del siglo XX se alzaron importantes voces de la doctrina para rechazar explícita y claramente la distinción entre diversos tipos de verdad. En este sentido cabe mencionar la contribución Carnelutti¹⁸: “la verdad es sólo una y la verdad formal y material no tiene asidero alguno en la ciencia moderna”. En otras palabras, del mismo autor, “la verdad es como el agua, es pura o no es verdad”. Por tanto, para esta parte de la dogmática la solución es que debe abandonarse la relación conceptual entre prueba y verdad.

En último término, el punto de partida para resolver el problema entre prueba y verdad de una proposición es la distinción entre “ser verdadera” y “ser tenida por verdadera”. Una proposición *p* es verdadera si, y solo si, se da el caso que *p*. Esta

15 En el mismo sentido, véase HAACK, S., “La justicia, la verdad y la prueba: no tan simple, después de todo”, en FERRER BELTRÁN, J. y VÁZQUEZ ROJAS, C (coords.), *Debatiendo con Taruffo*, Madrid, Marcial Pons, 2016, 312.

16 En el mismo sentido, véase, por todos, HASSEMER, W., *Einführung in die Grundlagen des Strafrecht*, München, Beck, 1990, 147 ss.

17 BÜLOW, O., *Zivilprozessrecht*, Tübingen, Mohr, 2004, 203 ss.

18 CARNELUTTI, F., *La prueba civil*, Buenos Aires, Depalma, 1982, 222.

es la clásica noción de verdad que se utiliza, esto es, la de “verdad como correspondencia” defendida, entre otros, por Tarski¹⁹, y que tiene lugar si se produce una correspondencia entre aquello que dice el enunciado y los hechos del mundo. Por tanto, la verdad de la proposición p que se menciona en el enunciado probatorio (está probado que p) no depende en absoluto de lo que decida el juez, al emitir el enunciado probatorio en su decisión²⁰. Tampoco depende de nada que haya podido suceder en el transcurso del proceso, ni de los medios de prueba aportados al mismo, etc. Depende, única y exclusivamente, de su correspondencia con el mundo: de que los hechos que p describe se hayan producido efectivamente²¹.

Lo que sí depende del juez que decide el caso es considerar a p como verdadera. Esto es, el juez puede tener a p por verdadera en su decisión, a la luz de los elementos de juicio aportados al expediente judicial para probar la verdad de la proposición, e incorporarla como razonamiento decisorio, o no tenerla por verdadera²². Se debe señalar que la decisión de no tenerse por verdadera la proposición p no se debe confundir con la decisión de tenerla por falsa. Esta es otra diferencia entre el valor de la verdad de p y el hecho de que sea tenida por verdadera por alguien. En el primer caso, solo dos opciones son posibles: la proposición es verdadera o falsa. En el segundo, en cambio, existe una tercera opción o posibilidad intermedia: puede considerarse a p como verdadera, como falsa ($\text{no-}p$) o no atribuirle valor de verdad. En este último caso no se dispone de elementos de juicio suficientes a favor ni en contra de la proposición p ²³.

¿Cuál es la relación de lo antes señalado con la prueba jurídica? El problema puede verse de la siguiente manera: la finalidad de la prueba como institución jurídica es la de permitir alcanzar el conocimiento acerca de la verdad de los enunciados fácticos del caso²⁴. Cuando los específicos medios de prueba incorporados en el proceso aportan elementos de juicio suficientes a favor de la verdad de una proposición, entonces puede considerarse que la proposición está probada. En ese caso, el juez debe incorporarla a su razonamiento decisorio y tenerla por verdadera.

En todo caso, podría añadirse que, *a posteriori* con respecto a la decisión judicial, una vez que la sentencia haya hecho tránsito a cosa juzgada y salvo excepciones, para efectos jurídicos lo que importará será aquello que el juez ha tenido por verdadero y perderá relevancia aquello que es verdadero (en el supuesto que difie-

19 TARSKI, A., *Logic, Semantics, Meta-mathematics* (1956), Indianapolis, Hackett, 1983, 152 ss.

20 En el mismo sentido, DALBIGANT-DEHARO, G., *Vérité scientifique et vérité judiciaire en droit privé*, Paris, LGDJ, 2004, 195 ss.

21 Para una revisión de las teorías de la verdad desde el prisma del derecho, véase NEUMANN, U., *Wahrheit im Recht. Zu Problematik und Legitimität einer fragwürdigen Denkform*, Baden-Baden, Nomos, 2004, 11 ss. Finalmente, para un análisis desde el ámbito del proceso penal, véase STAMP, F., *Die Wahrheit im Strafverfahren*, Baden-Baden, Nomos, 1998, 13 ss.; GUZMÁN, N., *La verdad en el proceso penal*, 2.ª ed., Buenos Aires, Editores del Puerto, 2011.

22 TARUFFO, M., COMOGLIO, L. y FERRI, C., *Lezioni sul processo civile*, Bologna, Il Mulino, t. I, 2006, 413 ss.

23 FERRER BELTRÁN, J., *Prueba y verdad en el derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2002, 83.

24 Aquí seguimos la opinión de FERRER BELTRÁN, *Prueba y verdad en el derecho*, cit., 84.

ran). Pero este es un problema únicamente de atribución de efectos jurídicos, que no tiene nada que ver con la verdad de ninguna proposición²⁵.

Con todo, existen valores sociales (fundamentalmente, evitar el malgasto de recursos) que impiden que los jueces tengan todo el tiempo para determinar si los hechos que *p* describen han ocurrido efectivamente en la realidad. El proceso, si quiere ser respetuoso de los costos privados y sociales que impone, debe hacer recaer en las partes la carga de aportar antecedentes para que el juez considere a *p* como verdadera o falsa. Esa carga impedirá (vía la preclusión a ella asociada) comportamientos estratégicos que dificulten al juez la valoración de si la proposición *p* es verdadera o falsa. Esa función, en un sistema de doble instancia, corresponde que sea ejercida por el juez de primera instancia, dado que, como vimos, la función del juez de segunda instancia es propiamente revisora de la decisión de subsunción de la prueba realizada por el juez de primera instancia²⁶. Tal visión del rol de las instancias permite asignar debidamente los costos del proceso asociados a la labor del juez, y justifica la inversión del Estado para mantener un sistema de administración *pública* de justicia.

III. La buena fe procesal en una perspectiva económica

A. Beneficios y costos del sistema de administración de justicia

La literatura del análisis económico del derecho ha examinado de qué manera influyen los costos y beneficios privados de litigar (aquellos que repercuten directamente en los litigantes), sobre los costos y beneficios sociales del litigio (aquellos que son soportados por el sistema judicial y la sociedad en su conjunto). Shavell detectó que no hay una relación sistemática entre el beneficio privado y el beneficio social de demandar²⁷. El beneficio privado corresponde al monto reclamado en juicio y el beneficio social se relaciona con el valor de la externalidad pública positiva que se puede derivar de una decisión²⁸ (precedente, efecto de disuasión, generación de pautas normativas, etc.). Una consecuencia de la no relación entre beneficio privado y beneficio social es que el demandante no pondera dentro de sus beneficios aquellos de naturaleza social²⁹. De ello se sigue que no siempre se litigan aquellos asuntos que producen externalidades públicas positivas³⁰, generándose niveles de litigación que no repercuten en beneficio

25 Ibid., 84.

26 Véase NÚÑEZ OJEDA, R. y BRAVO HURTADO, P., “Hacia una reforma global del sistema de recursos ante las cortes de apelaciones: una primera aproximación”, en PALOMO VÉLEZ, D. (dir.), *Recursos procesales. Problemas actuales*, Santiago, Der, 2017, 89-105.

27 SHAVELL, S., “The Social versus the Private Incentive to Bring Suit in a Costly Legal System”, *The Journal of Legal Studies*, 11, 1982, 333-334, 336.

28 Ibid., 334.

29 De hecho, es difícil inducir que tales costos se tomen en cuenta al demandar; véase ibíd., 336.

30 Producción de una uniforme interpretación de las normas, en términos que generen certezas jurídicas suficientes a favor de los sujetos destinatarios.

alguno. Por otro lado, y desde la perspectiva de los costos, se ha considerado que el costo privado de demandar resulta menor que el costo social, ya que el demandante no considera el costo público asociado a la actividad jurisdiccional ni el costo del demandado de ser emplazado a juicio³¹. Se trata de una externalidad negativa, cuyos efectos se agravan a medida que se agudiza la disociación de tales costes.

Entre las distintas causas de la divergencia entre los costos privados y los costos sociales, y entre los beneficios privados y los beneficios sociales del proceso, se encuentra aquello que la literatura económico jurídica denomina “abuso del procedimiento”. Tal situación se produce cuando una parte tenga el derecho a solicitar una petición cualquiera, y la otra deba soportar los costos de dicha petición³². Se trata de peticiones de valor social negativo, en donde las partes ponen en ejecución conductas o hacen peticiones cuyo valor es menor que sus costos. En tales supuestos de abuso del procedimiento se acentúa la divergencia entre costos (sociales y privados) y beneficios (sociales y privados) del proceso, porque solo la parte que abusa tendrá beneficios privados, generando costos privados en la otra parte y, eventualmente, también costos sociales (si es que la petición dilata el proceso o no genera externalidades públicas positivas).

Un ejemplo de abuso de procedimiento y, por tanto, de importante divergencia entre costos (privados y sociales) y beneficios (privados y sociales) en el proceso corresponde al caso en que las partes realicen conductas oportunistas reservando hasta la segunda instancia la prueba que pudo ser rendida en primera instancia. Si la ley favorece esos comportamientos estará promoviendo conductas con escaso valor social y a la vez costosas desde un punto de vista privado y social.

En estas breves consideraciones sobre la trascendencia de los costos en el proceso fundamos la necesidad de reducir las posibilidades de rendición de prueba en segunda instancia en el proceso civil.

B. La buena fe procesal como principio jurídico indeterminado y la carga procesal

Al igual que los demás principios jurídicos, la noción de buena fe procesal como principio es indeterminada, pues los principios corresponden a un conjunto de directrices y lineamientos que irradian en forma amplia una determinada rama del derecho, definiendo su finalidad y espíritu, orientando la comprensión hermenéutica de cada una de ellas y fundándolas, de manera simultánea.

La discusión sobre la incorporación de la buena fe como un principio orientador del proceso es relativamente reciente, y en Chile se produce con ocasión de las reformas procesales modernas que se han ido implementando. Si bien el código de

31 SHAVELL, “The Social versus the Private Incentive”, cit., 336-337.

32 CARRASCO DELGADO, N., *Análisis económico de las medidas cautelares civiles*, Santiago, Thomson Reuters, 2012, 134.

procedimiento civil no la reconoce expresamente³³ algunos han señalado, a través de la interpretación de una serie de normas diversas diseminadas en el mismo, que formaría parte de nuestro ordenamiento³⁴.

Resulta difícil definir a la buena fe procesal debido a su categoría de concepto jurídico indeterminado. Se trata de un concepto que es reflejo de una valoración social en constante cambio, dinámica, por lo cual es imposible fijar su contenido con la debida precisión y permanencia a través de reglas genéricas que permitan establecer un estándar claro acerca de lo que en cada caso será buena o mala fe³⁵. Sin embargo y para aproximarnos a ella utilizaremos la definición dada por Picó i Junoy, para quien sería “aquella conducta exigible a toda persona [...] por ser socialmente admitida como correcta”³⁶.

Ahora bien, nuestra aproximación a la buena fe procesal la realizaremos no tanto de acuerdo a los deberes que esta impone a las partes, sino centrándonos en si una determinada regulación en materia procesal propicia que las partes realicen actuaciones que podríamos estimar vulneradoras de la misma de conformidad con dichos deberes. En este sentido, quizás más que referirnos a los deberes, podría pensarse que debiésemos referirnos al concepto de carga procesal; no obstante, la relación que apreciamos es que una mala regulación de esta última es la que propicia incoherencias que permiten la infracción de los primeros.

Según Ruay³⁷, la comprensión adecuada de los deberes derivados de este principio requiere su distinción entre las cargas y las obligaciones procesales. De esta forma, las cargas corresponden a las actuaciones procesales realizadas por una parte en resguardo de su propio interés. Por su parte, la obligación procesal implica que una parte se encuentra en la necesidad de efectuar una prestación a favor de la otra, viéndose eventualmente perjudicada en caso de no realizarla. Finalmente, el deber consiste en un imperativo de actuación con un alcance amplio respecto a los intervinientes y que afecta a un interés público.

Al respecto, el análisis de la rendición de prueba en segunda instancia puede ser examinado desde una perspectiva de deberes procesales, o bien desde una perspectiva de cargas procesales.

En relación con los deberes es posible entender que estos surgen, en cierta forma, de un deber genérico de veracidad y de cooperación, impuesto por el principio de buena fe procesal. Desde la perspectiva de los deberes es posible relacionarlos

33 GORIGOIYÍA ABBOTT, “La buena fe en el proceso civil chileno”, cit., 135.

34 Ibíd., 135-140; LARROUCAU TORRES, “Tres lecturas de la buena fe procesal”, cit., 135. En todo caso, la jurisprudencia la ha aceptado sin mayor cuestionamiento, identificándola como contraria a ciertos comportamientos constitutivos de mala fe procesal; véase GORIGOIYÍA ABBOTT, “La buena fe en el proceso civil chileno”, cit., 138.

35 Ibíd., 143.

36 PICÓ I JUNOY, *El principio de la buena fe procesal*, cit., 69.

37 RUAY SÁEZ, F., “Análisis crítico sobre la inclusión del principio de buena fe procesal en el Proyecto de código procesal civil chileno”, *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, 4, n.º 3, 2013, 63.

(y aquellos que de él se desprenden³⁸) con las facultades probatorias cuya iniciativa compete a las partes en segunda instancia.

Sin embargo, el entendimiento del problema desde la perspectiva de los deberes procesales trae consigo una serie de dificultades. Basta referir su falta de contenido preciso y su discutida recepción normativa. Esos problemas generan una preocupación dogmática y una de eficiencia.

Desde el punto de vista dogmático se cuestiona que se estaría en presencia de imperativos de conducta inespecíficos, siendo en último término el juez quien los creará, los aplicará y sancionará a quien los incumpla. Se ha dicho que prácticamente se estaría exigiendo a las partes obrar como un tercero imparcial, lo cual es imposible³⁹. En la misma línea se ha llamado la atención sobre el hecho de que estos criterios no poseen reconocimiento normativo extendido⁴⁰ sino que, más bien, la ley procesal impondría comportamientos que no se corresponden fielmente con tales deberes, en tanto la buena fe no puede restringir el ejercicio de garantías constitucionales relativas al derecho de defensa⁴¹.

Por su parte, desde la eficiencia, y ya sea que nos preocupemos de minimizar costes procesales⁴² o bien de optimizarlos⁴³, resulta esencial que el proceso deliberativo del juez sea breve, lo cual se favorece por normas fácilmente administrables⁴⁴.

38 Así, de ese deber genérico se generan una serie de deberes específicos, o bien concreciones de tal deber general. En primer lugar, se encuentra el deber de completitud, el cual implica que las partes deben exponer en el juicio todos los hechos de los que han tomado conocimiento, así como las pruebas que digan relación con estos. También está el deber de coherencia, que impide que las partes litigantes actúen contradictoriamente dentro de un juicio. El deber de veracidad exige que las alegaciones que las partes realizan sean aquellas que estimen como verídicas. El deber de lealtad y probidad impone a las partes relacionarse con su contraparte en forma leal, prohibiéndose actuar en forma maliciosa o temeraria en su contra, y debiéndose comportar en forma correcta durante el juicio. Por último, nos encontramos con el deber de cooperación, el cual supone la posibilidad de alcanzar “algún tipo de verdad” en el proceso, y por lo mismo, impondría a las partes actuaciones de carácter positivo tendientes a resolver el litigio.

39 RUAY SÁEZ, “Análisis crítico sobre la inclusión del principio de buena fe procesal en el Proyecto de código procesal civil chileno”, cit., 66.

40 Más bien se recogería excepcionalmente la mala fe procesal; véase GORIGOIYÍA ABBOTT, “La buena fe en el proceso civil chileno”, cit., 135-137. Con todo, esta crítica debe ser atemperada por el hecho de que el artículo 2 letra d) de la Ley n.º 20.886 reconoce este principio como parte de la tramitación electrónica en Chile, señalando: “*Principio de buena fe*. Las partes, sus apoderados y todos quienes intervengan en el proceso conforme al sistema informático de tramitación deberán actuar de buena fe. El juez, de oficio o a petición de parte, deberá prevenir, corregir y sancionar, según corresponda, toda acción u omisión que importe un fraude o abuso procesal, contravención de actos propios o cualquiera otra conducta ilícita, dilatoria o de cualquier otro modo contraria a la buena fe”.

41 GORIGOIYÍA ABBOTT, “La buena fe en el proceso civil chileno”, cit., 147-149; HUNTER AMPUERO, “No hay buena fe sin interés”, cit., 158-164.

42 POSNER, R., *El análisis económico del derecho*, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1992, 549-551; SHAVELL, S., *Foundations of Economic Analysis of Law*, London, The Belknap Press of Harvard University Press, 2004, 391.

43 CARRASCO DELGADO, N., “La eficiencia procesal y el debido proceso”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, 32, 2017, 443-469.

44 SUNSTEIN, C., “The Virtue of Simplicity”, *Yale Law Journal Pockert Part*, 70, 2006, 116.

Tal requisito se ve complejizado por conceptos jurídicos indeterminados, como son los deberes de buena fe procesal.

Considerando lo anterior, la perspectiva de la carga procesal resulta una mejora en el entendimiento del problema de la prueba en segunda instancia. Es claro que cuando referimos a la carga de la prueba estamos hablando de la carga de la prueba objetiva, esto es, de las consecuencias que se siguen de no probar los hechos que recaen sobre la parte⁴⁵. La carga de la prueba objetiva va asociada a una regla de preclusión que establece un último momento para cumplir con la carga⁴⁶ y, por tanto, para evitar sufrir las consecuencias perniciosas asociadas a no acreditar un determinado hecho, su modificación o extinción⁴⁷. Pues bien, la regulación procesal de esa carga y la norma de preclusión pueden ser más o menos laxas. Serán más laxas cuando las oportunidades para acreditar los hechos sean mayores, y serán menos laxas cuando esas oportunidades se reduzcan. En términos de este artículo, una regulación de la carga de la prueba y de la preclusión laxa es aquella que permite la prueba en segunda instancia, siendo socialmente indeseable por las consideraciones de eficiencia expuestas.

Desde esta perspectiva podemos apreciar que la carga de la prueba objetiva comprende ciertos deberes procesales de buena fe. En efecto, los deberes de completitud⁴⁸, coherencia⁴⁹ y cooperación⁵⁰, que según algunos corresponden a concretizaciones de la buena fe procesal, pueden ser considerados implícitos dentro del concepto de carga procesal objetiva. Esto es, podemos entender que los objetivos de la carga procesal objetiva, en la medida en que se encuentren bien regulados, satisfacen aquello que persiguen los deberes mencionados.

En efecto, la carga de la prueba objetiva comprende la idea de completitud, normalmente asociada a la buena fe procesal porque permite que el relato de las partes y la prueba que lo sustenta sean expresadas hasta un último momento único sin posibi-

45 MONTERO AROCA, J., *La prueba*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2000, 37.

46 “Pero, junto con ello, también es necesario volver sobre la distinción que fue enunciada al comienzo, entre cargas y deberes. Las primeras, como se dijo, acuden a la preclusión al agotar la posibilidad de hacer más adelante lo que pudo hacerse en este momento; los segundos, en tanto, entrañan una consecuencia que es adicional a la preclusión y desfavorable para quien los incumple”. LARROUCAU TORRES, “Tres lecturas de la buena fe procesal”, cit., 280.

47 En contra, alguna doctrina asocia efectos desfavorables a la insatisfacción de los deberes procesales y no a las cargas procesales; véase ibíd., 265.

48 “Por su parte, el deber de completitud consistiría en alegar todos los hechos relevantes para la correcta resolución del conflicto sin omitir dato alguno que caiga en el dominio de la parte”. HUNTER AMPUERO, “No hay buena fe sin interés”, cit., 157.

49 Reflejada en un deber de no contradecir o alterar el fundamento jurídico planteado en el juicio; véase GORIGOIYÍA ABBOTT, “La buena fe en el proceso civil chileno”, cit., 139; LYON PUELMA, A., “Crítica a la doctrina del acto propio: ¿sanción de la incoherencia o del dolo o la mala fe?”, *Cuaderno de Extensión Jurídica, Facultad de Derecho Universidad de los Andes*, “Venire contra factum proprio”, 18, 2010, 59-68.

50 Que comprende la relación entre la solución (justa y eficiente) del caso y los comportamientos que son admisibles en el proceso; véase LARROUCAU TORRES, “Tres lecturas de la buena fe procesal”, cit., 267.

lidad de que se parcialice esa evidencia a lo largo de diversas etapas⁵¹. Asimismo, es comprensivo de la idea de coherencia, porque evita que existan actos procesales de prueba de carácter oportunista, en tanto se reserve para instancias posteriores (segunda instancia) la presentación y rendición de pruebas que sean inconsistentes con aquellas rendidas en un momento anterior. El hecho de que exista un solo momento para rendir la prueba va asociado a una consecuencia negativa de no hacerlo, restringiendo ese comportamiento inconsistente (ya que pasaría a ser evidente la mala fe asociada a tal comportamiento probatorio)⁵². Finalmente, la carga de la prueba objetiva abarca la idea de cooperación, porque ayuda a que las partes adquieran conocimiento cierto de las pruebas que sustentan sus proposiciones en la medida que sean aportadas hasta un último momento único, mejorando las posibilidades de soluciones colaborativas.

Esta idea de carga procesal objetiva que comprende los objetivos de ciertos deberes de buena fe procesal permite esquivar las dificultades dogmáticas que los deberes procesales traen al proceso civil. Asimismo, reconfigura la importancia que la doctrina ha dado a la carga procesal objetiva, como un mecanismo que busca la pura satisfacción de la parte, y la proyecta con un trasfondo de protección de ciertos intereses sociales (esencialmente, económicos)⁵³.

En resumen, la carga procesal objetiva determina las consecuencias negativas que se siguen del hecho de no probar una proposición afirmativa, modificativa o extintiva, y que implica el riesgo de perder el juicio (lo cual mira al beneficio personal de la parte cargada); además, ayuda a la optimización de los recursos judiciales, ya que habrá un último momento en el cual rendir prueba, después del cual se fallará en contra del cargado incumplidor sin necesidad de que haya actividad probatoria adicional (lo cual mira al beneficio social de la administración de justicia)⁵⁴.

Que la carga procesal objetiva persiga, a la vez, un beneficio individual y social ayuda a reducir las divergencias entre tales externalidades positivas de la jurisdicción. Con ello, genera menos problemas asignativos, construyendo un proceso más justo y eficiente. Lo fundamental es que se requiere que la legislación consagre una regulación en general menos laxa en relación con la oportunidad en la cual rendir la prueba, restringiendo la prueba en segunda instancia únicamente a la prueba sobre

51 Conceptualización similar en RUAY SÁEZ, “Análisis crítico sobre la inclusión del principio de buena fe procesal en el Proyecto de código procesal civil chileno”, cit., 64.

52 Así, por ejemplo, en Corte de Apelaciones de Valparaíso. Rol n.º 916-1998, del 3 de julio de 2000, esta corporación apreció mala fe procesal en la alegación de una excepción de pago en segunda instancia (precisamente uno de los supuestos donde se admite prueba en tal instancia) cuando la discusión del proceso y la apelación versó sobre la existencia de la deuda; véase GORIGOIYÍA ABBOTT, “La buena fe en el proceso civil chileno”, cit., 139.

53 Se ha estimado que las cargas procesales pueden perseguir intereses públicos como aquellos que atienden a la administración públicas de justicia; véase LARROUCAU TORRES, “Tres lecturas de la buena fe procesal”, cit., 263.

54 En un sentido similar, véase BRAVO HURTADO, P., “Derrotabilidad de la carga de prueba en la responsabilidad contractual: hacia la facilidad probatoria en Chile”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 21, 2013, 35.

hechos nuevos. En ese supuesto podremos tener una carga de la prueba objetiva que incentive a las partes y satisfaga fines sociales.

C. La buena fe procesal y la reducción de divergencias entre costos sociales y privados

Como vimos, un mecanismo no costoso para generar comportamientos deseables en el proceso es el de las cargas procesales. Su establecimiento impone requerimientos de conducta a las partes cuyo incumplimiento acarrea consecuencias negativas para ellas. De esta forma, un proceso puede generar ciertos objetivos (como, por ejemplo, un avance sin dilaciones indebidas) por medio del establecimiento de cargas. Así, si se quiere evitar tales dilaciones, las cargas procesales pueden favorecer que las partes cumplan con los trámites procesales en las oportunidades establecidas al efecto. Lo interesante es que, como vimos, la buena fe puede ser reconducida por medio del concepto de cargas procesales y no de deberes⁵⁵. En este sentido, si la buena fe supone un comportamiento leal en el proceso, tendremos un ejemplo de falta de lealtad cuando haya conductas oportunistas que afecten a la parte contraria y que no traigan consigo beneficio social alguno. Un estándar de buena fe, en su vertiente económica, no puede justificar un comportamiento como el referido, porque ello implicaría aceptar el abuso del procedimiento, que precisamente refiere un caso cuando el comportamiento de una parte solamente genera beneficios para ella y daños para otras partes o el Estado.

El hecho de que las partes conozcan que tienen una única oportunidad para acreditar sus pretensiones o defensas impone la necesidad de que sus alegaciones de pretensión o defensas sean expresadas sinceramente, así sea en un último momento,

55 En contra de esta posición Hunter señala que el establecimiento de una conceptualización como carga (del deber de decir la verdad y de ser completo en la narración de los hechos) “sólo funciona como tal –es decir, como carga– si al mismo tiempo se le da a la parte el derecho a ser creído. Solamente en un proceso que vincule la declaración de la parte a una situación de expectativa favorable para quien hace la declaración es admisible hablar de cargas. Pero, por lo general, sucede todo lo contrario, o sea, cuando la parte satisface la carga procesal (diciendo la verdad y en forma completa, o colaborando con el proceso), no genera ninguna situación de expectativa favorable. Su actuación de buena fe puede llevarlo incluso al fracaso de su pretensión, poniendo en riesgo el derecho o interés cuya tutela se busca”. HUNTER AMPUERO. “No hay buena fe sin interés”, cit., 167. Sin embargo, no compartimos esa opinión respecto de aquellos comportamientos que hemos reconducido desde deberes a cargas procesales (completitud, cooperación y coherencia). En el caso de que la parte satisfaga el estándar asociado a cada uno de ellos, dando cumplimiento a las cargas procesales que una regulación eficiente establezca, la parte respectiva tendrá mayores posibilidades de obtener una sentencia favorable. De esta forma, el cumplimiento de tales cargas genera una expectativa favorable (probabilística) para la parte respectiva. Es así como se ha señalado que el cumplimiento de tales comportamientos (asociados al deber de decir la verdad, el que puede reconducirse en los términos indicados al deber de ser completo en la narración de los hechos, y coherente en esa narración y la prueba producida) se satisface con base en historias que sean plausibles, esto es, historias [contadas] *como si fueran verdaderas*, siendo “los mismos abogados quienes se preocuparán de que sus historias no parezcan fantásticas pues en caso contrario difícilmente podrán ser incorporadas en las sentencias”. COLOMA CORREA, “Vamos a contar mentiras, tralará...”, cit., 50.

siempre que sea dentro de la primera instancia, por cuanto luego de ese momento precluirá la posibilidad de hacerlas valer⁵⁶. Esto permite que las partes (asumiendo que son racionales) se formen creencias correctas sobre las preferencias y la información con que cuenta la parte rival⁵⁷.

De esta forma, el proceso conduce a que la actividad probatoria que las partes deben realizar para acreditar sus pretensiones y defensas se consiga, debido a que los incentivos se encuentran establecidos en beneficio de sus propias expectativas de ganancia y pérdida, debiendo cada una de ellas interiorizar los costos que supone su deseo de ganar, incluyendo las externalidades que bajo reglas distintas generan en la sociedad. Asimismo, el proceso también conduce a que las partes planteen hasta cierto momento las alegaciones que reflejan sus preferencias e información en el juicio, ya que de nada les sirve guardarse esas alegaciones y pruebas una vez que hayan vencido los plazos para hacerlo.

Un juicio (disputa institucionalizada) es esencialmente un escenario de comportamiento estratégico. Lo que haga una de las partes afectará a la otra, y viceversa. Cada parte actúa según su interés (típicamente utilidad, en economía), eligiendo, de entre el conjunto de opciones disponibles, estrategias que recogen la información con que se cuenta. Permitir a las partes presentar prueba nueva en segunda instancia hace que el problema de optimización que se resuelve pueda dejar alguna prueba para ser presentada posteriormente, buscando un mejor beneficio en segunda instancia, sobre todo si los criterios del tribunal de alzada difieren, en algún aspecto, respecto de la ponderación de los hechos o la aplicación del derecho.

En ese contexto, el juez, al operar como un dictador en el juego, esto es, como alguien que lo soluciona con una decisión imperativa, tomará su determinación sobre algunas de las atribuciones de ganadores-perdedores que hayan planteado las partes en el juicio⁵⁸. Al respecto, supongamos que cada parte ha sustentado una

56 La preclusión es la sanción procesal por no hacer valer los derechos, facultades y prerrogativas en el marco de un proceso en el plazo u oportunidad establecido por el orden consecutivo legal. Para mayor información, véase GANDULFO RAMÍREZ, E., "Sobre preclusiones procesales en el derecho chileno en tiempo de reformas. Ensayo de una teoría general desde un enfoque valorativo jurídico", *Ius et Praxis*, 15, n.º 1, 2009, 121-189.

57 CARRASCO DELGADO, N., "El proceso civil como vía para reducir divergencias entre las partes", *Revista de Derecho Global. Estudios sobre Derecho y Justicia*, 11, 2019, 45-66.

58 Si entendemos que la decisión judicial genera un binomio de ganadores-perdedores, tendremos que aceptar que ello se origina en una elección previa entre diversas situaciones sociales que pueden estar en juego en el momento de la decisión. Por lo mismo, podemos diferenciar la atribución inmediata de ganadores-perdedores (que se alcanza por medio de la decisión judicial) y la atribución mediata de ganadores-perdedores (que viene dada por la elección de aquella opción disponible para el juez a efectos de adoptar la decisión judicial). La atribución inmediata es única y pública, ya que consta en un acto jurídico procesal perfectamente identificable (resolución que contiene la decisión), y, además, dicho acto será de conocimiento de todos los sujetos, ya que normalmente los actos de los tribunales son públicos (art. 9 del Código Orgánico de Tribunales y artículo 8 inciso 2.º de la Constitución Política de la República). En cambio, la atribución mediata tiene como característica ser múltiple y normalmente secreta, ya que existen muchas posibles elecciones que han de ser consideradas por el tribunal para fundar una decisión, y, además, como normalmente la elección aceptada

alternativa de solución (alternativa A o valor cercano a 1 para el demandante, y alternativa B o valor cercano a 0 para el demandado), y que el juez no puede indagar otras posibles soluciones⁵⁹. En tal caso, lo que plantea la idea de una única oportunidad procesal como vía de reducción de las divergencias entre las partes es que ambas alternativas (A y B) serán completas, desde el momento en que el proceso impida alterar su formulación. Entendemos que una alternativa es completa cuando incluye la argumentación de todos los factores relevantes para obtener un resultado jurisdiccional favorable a la posición de la parte respectiva. La fuente donde las partes encuentran los factores relevantes para ser argumentados normalmente se ubica en una norma sustantiva⁶⁰. Por otro lado, entendemos que el proceso impide la alteración de la formulación de esas alternativas cuando establece una regla que prohíba que la argumentación de esos factores sea modificada a partir de cierto momento. La fuente de la regla que impide modificar los factores relevantes de la argumentación normalmente se ubica en una norma adjetiva⁶¹.

De esta forma, en la medida en que el proceso conduce a la formación de alternativas completas, no susceptibles de modificación desde cierto momento, entonces se obtendrán creencias que, por revelación de preferencias, responden adecuadamente a las que efectivamente piensan y conocen los rivales. Efectivamente, sin más instancias para presentar pruebas, no tiene sentido que alguien que quiera ganar en la sentencia definitiva oculte información valiosa para su caso.

Así, el proceso favorece que las alternativas queden establecidas tempranamente en el proceso. Y si bien esas alternativas suponen intereses opuestos en un juego no colaborativo, existen los incentivos para la formulación adecuada de las alternativas que sustentan tales intereses (en la expectativa de que la formulación completa de las alternativas solo favorecerá y beneficiará a la parte que la sostiene). De esta forma, desde cierto momento en el proceso, las partes pueden actuar sobre la base de un conocimiento completo respecto de las preferencias, creencias e información que conforman las alternativas de la contraria. Por esta razón, el proceso ofrece a

es aquella que se contiene en la sentencia, el resto de las elecciones posibles de atribución mediata normalmente serán desconocidas para alguien distinto del juez (art. 139 de la Ley 1/2010, del 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil).

- 59 Como supondría una extensión restrictiva del principio *iura novit curia*, en cuanto el juez no podría fundar su decisión en una calificación jurídica diversa de aquella hecha valer por las partes. Como aclaración se debe señalar que esto es solamente una suposición para efectos del ejemplo, y no pretende ser una descripción del estado normativo en el derecho procesal español o en otra legislación positiva. Sobre una interpretación extensiva o restrictiva de ese principio, véase ROMERO SEGUEL, A., “La congruencia de la sentencia”, *Revista Chilena de Derecho*, 25, 1998, 447-451.
- 60 En el juego de la reivindicación que desarrollaremos más adelante veremos que las normas que regulan el conflicto de adquisición de dominio de bienes por prescripción poseen un carácter marcadamente sustantivo. Así ocurre con la regulación de la prescripción del dominio y demás derechos reales (contenidas en los arts. 582 ss. c.c.), así como con las normas sobre reivindicación (arts. 889 ss. c.c.).
- 61 Como ocurre en el proceso civil ordinario de mayor cuantía de acuerdo a la regulación de los artículos 254, 305, 306, 312, y 327 c.p.c.

las partes que tienen intereses contrapuestos (y en la medida en que tales intereses sean relevantes para el derecho) una solución a posiciones estratégicas que pueden surgir en un escenario alternativo, por ejemplo, el de una negociación. En este último escenario, salvo confianza entre las partes, no existen reglas para la conformación de alternativas completas y definitivas, lo que dificulta que se alcancen acuerdos mutuamente beneficiosos.

Lo señalado respecto de la manera en que un proceso puede inducir a las partes a sincerar sus posiciones durante el proceso también aplica respecto de su actividad probatoria. Lo relevante para formar creencias verdaderas sobre la posición de la contraria no es solamente conocer su pretensión o defensa, sino también conocer la información que sustenta tales pretensiones o defensas. Para ello, las normas procesales deben establecer reglas de preclusión que fuercen el que las partes soliciten y produzcan la prueba hasta cierto momento, bajo sanción de no ser considerada posteriormente.

Entendemos que la manera de cumplir con un estándar apropiado de buena fe vinculado con la eliminación de la sorpresa de la parte contraria es que esa prueba se rinda durante el periodo probatorio en primera instancia, y solamente se deje la posibilidad de rendir prueba en segunda instancia sobre la base de hechos nuevos, bajo control judicial de la efectividad de este parámetro. El juez debe valorar si tales hechos justifican que se rinda prueba a su respecto sobre la base de que los antecedentes fácticos no habían acaecido con anterioridad y, por tanto, la prueba que a su respecto se pida no se haya demorado estratégicamente.

La propuesta anterior tiene por finalidad enfrentar dos clases de efectos perniciosos asociados a la realización de las conductas estratégicas que buscan reservar diligencias de prueba en segunda instancia. Por un lado, la realización de conductas estratégicas tiene consecuencias en los costos de prevención que debe asumir la parte contraria, ya sea en una negociación o en un proceso judicial. Por ende, tales conductas estratégicas corresponden a una especie de costo de transacción que reduce un resultado óptimo⁶².

Por otro lado, tal conducta estratégica disminuye las posibilidades de acuerdo. En efecto, la racionalidad detrás de una regla de preclusión de la rendición de prueba en primera instancia se encuentra en la misma racionalidad del *discovery* en el derecho norteamericano⁶³, que no es otra que la de forzar acuerdos cuando mayor conocimiento existe del éxito de las pretensiones o defensas de cada una de las partes⁶⁴. Incluso, una regulación adecuada de tal mecanismo de preclusión tendría

62 SCHÄFER, H. B. y OTT, C., *The Economics Analysis of Civil Law*, Northampton, Edward Elgar, 2004, 90-91.

63 Regulación contenida en las reglas 26 a 37 del título v de las *Federal Rules of Civil Procedure*, introducidas en 1938.

64 BONE, R., “Discovery”, en TAVOLARI GOYCOOLEA, P. y PÉREZ-RAGONE, Á. (coords.), *Derecho procesal civil comparado. Homenaje a Rolf Stürner*, Santiago, LegalPublishing-Thomson Reuters, 2014,

una ventaja adicional en comparación con el *discovery*, ya que en el presente caso una mejora en el sentido indicado será introducida cuando existen pretensiones y defensas ya ejercidas, sin que las partes puedan modificar esas alegaciones. Ese riesgo de modificación estratégica de alegaciones es posible en el *discovery* porque la revelación de prueba ocurre antes del juicio, existiendo un espacio temporal en que es posible que las partes adecúen sus alegaciones⁶⁵.

Podemos indicar que el Proyecto de Ley de nuevo código procesal civil (PN c.p.c.) establece una regulación parcialmente inconsistente con las exigencias de eficiencia que hemos examinado. Su artículo 371 establece las normas sobre prueba en los recursos con vista en audiencia pública. A diferencia de versiones anteriores de tal proyecto⁶⁶, se consagra la admisión de prueba en segunda instancia, aunque limitada a la que “sea estrictamente necesaria para acreditar los supuestos de hecho de la causal específica en que se fundamentare el recurso”, a la que se adhiere una regla de preclusión, en cuanto a que esa prueba debe haber sido “ofrecida en el escrito de interposición respectivo”. Y la misma exigencia se dispone para el recurrido, quien tendrá que ofrecer por escrito la prueba que deseara rendir en el escrito donde soliciten la inadmisibilidad del recurso, sus observaciones al mismo o su adhesión a él (art. 391). Lo problemático de esta regulación es que considera la segunda instancia como un nuevo estadio o foro de prueba de la efectividad de las afirmaciones en que se basa el recurso, dejando de lado su función revisora de una decisión previa.

Al respecto, la Ley de Enjuiciamiento Civil Española (LEC) permite excepcionalmente prueba documental en segunda instancia, sujeta a tres restricciones: que debe acompañarse en el escrito de interposición de la apelación (lo que implica una regla de preclusión); que se enmarque en alguno de los casos del artículo 270 LEC, y que la prueba no haya podido aportarse en primera instancia (art. 460.1 LEC). El resto de las pruebas pueden admitirse en el caso de que hayan sido indebidamente denegadas en primera instancia (art. 460.2.1.^a LEC) o de que se trate de pruebas propuestas y admitidas en primera instancia pero que no hayan podido practicarse por causa no imputable al solicitante (art. 460.2.2.^a LEC); las pruebas que se refieran a hechos de relevancia para la decisión del pleito, ocurridos después del comienzo del plazo para dictar sentencia o antes de dicho término, se admiten siempre que la parte justifique haber tenido conocimiento de ellos con posterioridad (art. 460.2.3.^a

298; SHAVELL, *Foundations of Economic Analysis of Law*, cit., 426-427; SOBEL, J., “An Analysis of Discovery Rules”, *Law and Contemporary Problems*, 52, n.º 1, 1989, 133-159.

65 En sentido similar, y dando cuenta de las dificultades de una revelación sincera de prueba en el marco de un proceso de *discovery* (lo que origina mayores posibilidades de conductas estratégicas), se pronuncia SHAVELL, *Foundations of Economic Analysis of Law*, cit., 427-428.

66 En el artículo 348 c.p.c. se establecía una regulación limitada de la prueba en segunda instancia, la que no era admitida salvo en el caso de la prueba documental cuando el tribunal de alzada considerara que la parte no había tenido conocimiento de ella con anterioridad o no había podido presentarla en la oportunidad legal respectiva.

LEC). Tal regulación de prueba nueva no es contraria a las exigencias de eficiencia que hemos examinado.

IV. Prueba en el recurso de apelación civil chileno

Corresponde que nos refiramos al modelo de apelación adoptado en el caso chileno, por cuanto este determinará las posibilidades de actuación de las partes en dicha instancia, especialmente en materia probatoria. Esta sección servirá para evaluar la eficiencia de esa regulación.

Tal como lo señalamos, el modelo chileno consiste en un sistema de control un poco restringido –aunque no tanto– respecto de los hechos y amplio respecto del derecho, incluyendo cuestiones tanto de forma como de fondo⁶⁷.

Utilizando la notación descrita precedentemente, la sentencia de segunda instancia toma valores: $0 \leq \delta \leq 0.5$ y $0 \leq \lambda \leq 1$.

La regla general es que no existe la posibilidad de rendir prueba en segunda instancia⁶⁸. Con todo, puede surgir la necesidad de tener que acreditar determinadas afirmaciones sobre hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos, por lo cual el legislador reconoce al tribunal de alzada la posibilidad de decretar o dar lugar a la rendición de alguna prueba en concreto. Tal posibilidad puede ser analizada desde el punto de vista de la facultad del tribunal para decretar prueba de oficio, o bien a petición de parte.

Respecto de la facultad del tribunal de decretar prueba de oficio, excepcionalmente el sistema chileno la permite ante el tribunal de segunda instancia, facultando que decrete las medidas para mejor resolver⁶⁹, reguladas en el artículo 159 c.p.c. Estas medidas han sido justificadas como una actividad que rompe la pasividad del juez civil y en cuanto necesarias para cumplir con su deber de decidir si la pretensión se encuentra ajustada o no a derecho, siendo una manifestación del principio inquisitivo. Tal fundamento es el que permite criticar la subsistencia de esta facultad en segunda instancia, ya que allí la labor de los jueces es revisar la corrección de una decisión previa, dentro de los límites del recurso deducido, no siendo pertinente que los jueces tengan a su disposición un mecanismo de producción de prueba que persigue “esclarecer los derechos de los litigantes” (art. 159 n.º 1 c.p.c.), o bien obtener pruebas que “tengan influencia en la cuestión” (art. 159 n.º 2 c.p.c.), sin que estén limitados por el conflicto sometido a decisión de segunda instancia. Por ello, la pura referencia del artículo 207 c.p.c. a la norma que contempla las medidas para

67 NÚÑEZ OJEDA y PÉREZ RAGONE, *Los medios de impugnación*, cit., 89.

68 En una visión contraria, planteando una interpretación amplia de las excepciones a rendir prueba en segunda instancia, se pronuncia OTERO LATHROP, M., “La prueba en segunda instancia”, en DUNLOP RUDOLFFI, S. (dir.), *Nuevas orientaciones de la prueba*, Santiago, Jurídica de Chile, 1981, 109 ss.

69 Véase PIEDRABUENA RICHARD, G., *Las medidas para mejor resolver como institución común a todo procedimiento civil*, Santiago, Jurídica de Chile, 1960, 22-23.

mejor resolver sin delimitar el ámbito o extensión que ellas podrían tener en segunda instancia, tiende al efecto indeseado que estamos comentando⁷⁰.

Por otro lado, desde el punto de vista de las partes, y según lo dispuesto por el artículo 207 c.p.c., la regla general es que en segunda instancia no se admite prueba alguna. En primera instancia, al existir un sistema de prueba legal tasada⁷¹, se establece un reducido control probatorio en segunda instancia. En efecto, en tales sistemas, este último tribunal se limita a examinar si el tribunal de primera instancia aplicó adecuadamente a la prueba rendida el valor señalado en la ley. Se trata de una revisión que recae en la corrección de una operación mecánica de asignación de valor probatorio. El problema con ese método de revisión del posible error del tribunal de primera instancia es que el tribunal de segunda instancia no necesita realizar un análisis crítico sobre la labor de “ponderación” probatoria realizada por el tribunal inferior, como ocurre con idéntica revisión bajo un sistema de sana crítica. Con ello, entonces, la densidad argumentativa es menor en un sistema de prueba legal tasada, no pudiendo encontrar pautas jurisdiccionales sobre la materia bajo análisis.

Desde la postura de las partes, el propio código establece excepciones, permitiendo a las partes rendir prueba en segunda instancia; en particular, cabe distinguir los siguientes medios de prueba: prueba rendida en relación con excepciones perentorias de prescripción, cosa juzgada, transacción y pago efectivo de la deuda; prueba documental; prueba confesional; inspección personal del tribunal, y prueba pericial.

En relación con estas posibilidades de aportación de prueba en segunda instancia, si bien definen propiamente el modelo al que hemos hecho referencia, su

70 El legislador estableció en el artículo 207 inciso 2.º c.p.c. requisitos exigentes y copulativos para que el tribunal pueda ordenar, como medida para mejor resolver, prueba testimonial en segunda instancia: (i) que se trate de prueba testimonial que no haya podido rendirse en primera instancia; (ii) que verse sobre hechos que no figuran en la prueba rendida en autos, y (iii) que tales hechos sean considerados por el tribunal como estrictamente necesarios para la acertada resolución del juicio. Si se reúnen todos esos requisitos, la prueba testimonial puede ser ordenada por el tribunal, y para ello el tribunal deberá señalar de manera detallada los hechos sobre los cuales deberá recaer, y además deberá abrir un término probatorio especial por un número de días que fije prudencialmente, el cual no podrá exceder de 8. Cabe destacar que, si bien esta prueba testimonial constituye una medida para mejor resolver, no se encuentra ajustada a las limitaciones de la prueba testimonial del artículo 159 n.º 5 c.p.c., constituyendo una excepción bastante especial al permitir que dicha prueba no busque aclarar o explicar dichos oscuros o contradictorios de la prueba testimonial ya rendida (el primer requisito exige que los testigos sobre los que recaiga esta prueba no hayan testificado en primera instancia). Propio de la indagación de oficio que inspira esta regulación es el hecho de que el tribunal de segunda instancia la decreta con el objeto de acreditar hechos sobre los cuales no se haya rendido prueba (segundo requisito), lo que desplaza el rol de las partes en la acreditación de sus proposiciones afirmativas, negativas y modificatorias, pudiendo el juez subvencionar a una parte negligente del cumplimiento de sus cargas (el tercer requisito asume la necesidad de prueba para cumplir con su deber de resolver, aun cuando siempre podrá cumplir con ese deber, incluso sin prueba rendida, precisamente por uso de la carga de la prueba objetiva). Sobre el punto, véase NÚÑEZ OJEDA y PÉREZ RAGONE. *Los medios de impugnación*, cit., 168 y 169.

71 Que en términos amplios comporta que la ley regula los medios de prueba, la fuerza de convicción o el valor probatorio de los distintos medios, así como la manera en que se produce la prueba. Para una revisión de su origen en derecho español véase, por todos, MARTÍN OSTOS, J., *Las diligencias para mejor proveer en el proceso civil*, Madrid, Montecorvo, 1981, 35 ss.

regulación no puede estimarse como apropiada, especialmente si se la mira desde la perspectiva de la buena fe.

A continuación describiremos la regulación de los medios de prueba referidos, y los analizaremos y evaluaremos a la luz de lo antes indicado.

A. Prueba rendida en relación con excepciones perentorias de prescripción, cosa juzgada, transacción y pago efectivo de la deuda

En conformidad con lo dispuesto por el inciso final del artículo 310 c.p.c.⁷², se permite hacer valer en segunda instancia, hasta antes de la vista de la causa, ciertas excepciones perentorias: prescripción, cosa juzgada, transacción y pago efectivo de la deuda. Así, en dichos casos el tribunal de segunda instancia podrá recibir la prueba de este incidente y lo fallará en única instancia.

En este caso, el de las excepciones anómalas, las posibilidades de aportación de prueba por las partes son extremadamente amplias, por cuanto se abrirá un término probatorio y se puede hacer valer cualquier medio de prueba (con excepción del pago, el cual se debe fundar en un antecedente escrito).

La posibilidad de oponer estas excepciones hasta antes de la vista de la causa constituye, tal como pudimos ver, un error grave de regulación, y ello sobre la base de las siguientes consideraciones: (i) entiende la segunda instancia como el desarrollo de un nuevo juicio, distinto al desarrollado en primera instancia. Esa es la única explicación para permitir que se introduzcan nuevas excepciones o defensas al conflicto ya formado. Esto genera la necesidad de una etapa de discusión y, posiblemente, de prueba, en circunstancias en que se debería estar discutiendo, en segunda instancia, respecto de la corrección de una decisión sobre ellas; (ii) el permitir que se deduzcan excepciones en segunda instancia, sin necesidad de sujetar su interposición a la exigencia de fundarse en hechos nuevos o desconocidos (único escenario que evita la aplicación de la preclusión en la formación del debate), hace que las partes adopten posiciones estratégicas que busquen la sorpresa de la contraria en momentos finales del proceso. Tales conductas estratégicas solamente producen beneficios de naturaleza privada para aquella parte que interpone las excepciones, no trayendo consigo beneficios públicos asociados a la correcta delimitación del conflicto, al uso del sistema de recursos para revisar decisiones adoptadas en instancias previas (utilidad que tendría el sistema recursivo de exigirse la interposición de esas excepciones hasta cierto momento de la primera instancia) y a la posibilidad de que sobre tales defensas recaigan decisiones de única instancia, las que van asociadas a mayores niveles de error e implican menor deliberación; (iii) como consecuencia de la razón anterior, la regulación actual cumple en menor medida con el carácter de bien público de la administración de justicia. Lo anterior, porque un bien público

72 Artículo 310 c.p.c. inciso final: “Si se deducen en segunda, se seguirá igual procedimiento, pero en tal caso el tribunal de alzada se pronunciará sobre ellas en única instancia”.

en sentido fuerte requiere que se generen externalidades públicas positivas (precedentes), que justifiquen *en algún grado* la inversión en justicia con cargo a rentas generales⁷³. Tal posibilidad se hace menos accesible en presencia de una regulación como la examinada que genera una disociación entre los beneficios públicos y los privados; y (iv) la conducta estratégica examinada genera costos sociales sin justificación. La misma permite que existan dilaciones en el procedimiento, y no restringe (sino que, por el contrario, exacerba e incentiva) el impulso no cooperativo que razonablemente puede ser atribuido a dos partes contendientes.

B. Prueba documental

El artículo 348 c.p.c. autoriza la presentación de la prueba documental⁷⁴, o instrumentos, en términos del código⁷⁵, hasta antes de la vista de la causa. La presentación en segunda instancia no suspenderá en ningún caso la vista de la causa, pero el tribunal no podrá fallarla sino después de vencido el término de la citación, cuando haya lugar a ella⁷⁶.

La jurisprudencia ha limitado la posibilidad de presentar prueba en segunda instancia al caso de la prueba documental electrónica y a la exhibición de documentos. La primera se encuentra tratada en el artículo 348 *bis* c.p.c. y da origen a una audiencia de “percepción” del documento electrónico que es el medio por el cual el documento electrónico se tiene por “presentado”⁷⁷. Por su parte, el artículo 349 c.p.c. contempla la diligencia de exhibición de documentos, que es el medio establecido por la ley para agregar documentos que se encuentran en poder de personas distintas (la otra parte o un tercero) de quien pide esta diligencia. La razón se encuentra en una interpretación puramente literal del artículo 207 c.p.c., ya que en la parte que permite la prueba documental en tal instancia solamente refiere aquella contenida en el artículo 348 c.p.c., lo que excluiría la de los artículos 348 *bis* y 349 c.p.c.⁷⁸.

73 NÚÑEZ OJEDA, R. y CARRASCO DELGADO, N., “Análisis económico de la administración de justicia. ¿La justicia como bien público o privado?”, *Revista Chilena de Derecho*, 42, n.º 2, 2015, 605.

74 Artículo 348 c.p.c.: “Los instrumentos podrán presentarse en cualquier estado del juicio hasta el vencimiento del término probatorio en primera instancia, y hasta la vista de la causa en segunda instancia. / La agregación de los que se presenten en segunda instancia, no suspenderá en ningún caso la vista de la causa; pero el tribunal no podrá fallarla, sino después de vencido el término de la citación, cuando haya lugar a ella”.

75 Sobre la prueba instrumental véase, ampliamente, por todos, MENESES PACHECO, C., *El documento público como medio de prueba en el proceso civil chileno*, Santiago, Thomson Reuters, 2017.

76 Esta amplia posibilidad no ha sido cuestionada, en términos de eficiencia, por la doctrina; véase BORDALÍ SALAMANCA, A.; CORTÉZ MATCOVICH, G. y PALOMO VÉLEZ, D., *Proceso civil. El juicio ordinario de mayor cuantía*, Santiago, Thomson Reuters, 2013, 249-250.

77 El artículo 348 *bis* c.p.c. establece que la no realización de la audiencia de percepción por no contar con los medios técnicos electrónicos para esos efectos dará origen al apercibimiento de tener al documento respectivo como “no presentado”.

78 Véase, p. ej., Ilustrísima Corte de Apelaciones de Rancagua. Rol 401-2016, del 25 de noviembre de 2016.

Ahora bien, dado que la prueba documental sirve para acreditar cualquier tipo de hecho, y por ser el medio de prueba más común y al que se le suele otorgar un gran peso probatorio, constituye la excepción más importante establecida en el código chileno respecto de la no posibilidad de rendir prueba en segunda instancia⁷⁹.

Tal como ocurre usualmente en la práctica, el hecho de que el legislador permita la incorporación de prueba documental en un juicio hasta antes de la vista de la causa incentiva a las partes a no acompañar toda la prueba documental en primera instancia y, más aun, las motiva a guardar antecedentes para la siguiente instancia, o, al menos, evita que, durante la primera instancia, se recolecte toda la prueba documental necesaria. Este incentivo perverso distorsiona a su vez el funcionamiento de la tramitación del recurso de apelación al incluir nuevos aspectos a la discusión, haciendo más difícil la labor del tribunal de segunda instancia, especialmente cuando estos documentos se acompañan justo antes de la vista de la causa. El legislador pareciera acoger en este aspecto rasgos de un modelo de apelación amplia, de acuerdo con una concepción en virtud de la cual que ambas instancias serían dos juicios distintos.

Lo anterior, estimamos, incentiva o facilita que los litigantes vulneren el deber de obrar observando la buena fe procesal, pues conductas como las indicadas, en vez de cooperar con el proceso judicial, lo entorpecen, y ello con fundamento en la oportunidad hasta la cual se permite la práctica de esta diligencia probatoria.

C. Prueba confesional

Un tercer caso lo encontramos en el artículo 385 c.p.c.⁸⁰, en lo relativo a la confesión judicial o absolución de posiciones, ya que puede solicitarse hasta antes de la vista de la causa. En segunda instancia se puede solicitar una vez, y, eventualmente, en una segunda oportunidad, si es que se alegan hechos nuevos, esto es, hechos que hayan acaecido durante la tramitación del recurso que se conoce en segunda instancia, lo que implica un requisito de proximidad temporal con el momento en que se solicita.

Estimamos que la regulación de este medio de prueba no satisface el estándar que hemos definido para la proposición y rendición de prueba en segunda instancia. La regla general del artículo 385 inciso 2.º c.p.c. es la plena posibilidad de prueba confesional en segunda instancia⁸¹. Con estas últimas oportunidades se debería sa-

79 FIGUEROA YÁVAR, J. A. y MORGADO SAN MARTÍN, E., *Procedimientos civiles e incidentes*, Santiago, Thomson Reuters, 2013, 146 ss.

80 Artículo 385 c.p.c.: “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”.

81 Esta posibilidad no ha sido cuestionada por la doctrina: véase, al respecto, PIEDRABUENA RICHARD, G., *El recurso de apelación y la consulta*, Santiago, Jurídica de Chile, 1999, 166-167.

tisfacer la expectativa de una parte de obtener un reconocimiento de hechos por su contraparte. Esa expectativa se reduce con la dictación de la sentencia definitiva de primera instancia⁸², ya que la resolución del conflicto en tal instancia reduce la incertidumbre del resultado, fortaleciendo las posiciones de las partes para no perjudicar una posición (tanto la del ganancioso como la del pernicioso en primera instancia) que resulta más clara y delimitada con tal sentencia que sin ella.

A su turno, la petición de prueba confesional en segunda instancia con base en hechos nuevos trae aparejado el problema del control de sus fundamentos. Al parecer, es bastante menor la exigencia de pedir una segunda confesión judicial en segunda instancia cuando “se alegan hechos nuevos”. Sería suficiente, en ese caso, que el solicitante de la confesión mencione genéricamente en su petición la existencia de ciertos hechos que revisten carácter de novedad. Esa justificación no es posible de cotejar por el tribunal. La única manera de realizar ese cotejo es examinando las posiciones que se contienen en el pliego. Sin embargo, tal posibilidad está vedada para la confesión judicial (aunque es reconocida para la confesión como medida prejudicial probatoria del artículo 284 c.p.c.⁸³). Por ello, debemos entender que el verdadero control asociado a la corrección del fundamento de la segunda confesión en segunda instancia debe provenir de la labor del abogado del absolvente, en tanto se oponga a aquellas posiciones que no guardan relación con los sustentos de novedad que motivaron la confesión. Tal abogado debería, en la audiencia de absolución de posiciones, oponerse a que se formulen las posiciones que no tengan tal relación (art. 392 c.p.c.). De no admitir ese incidente se permitiría un fraude procesal, ya que autorizándose excepcionalmente la confesión en presencia de hechos nuevos y no pudiendo el tribunal controlar la efectividad de ese fundamento, entonces tal control debe permitirse por la vía de oposición; de otro modo, la exigencia de novedad no cumpliría efecto alguno.

D. Inspección personal del tribunal

Hay que tener presente que, tratándose de la inspección personal del tribunal, solo podrá decretarse cuanto lo estime estrictamente necesario dicho órgano, y su práctica se encargará a uno o más de sus miembros. Por tanto, ese ministro acudirá a la inspección, será quien tendrá la percepción y se la comunicará al resto.

Estimamos que en la valoración del factor de necesidad para decretar esta medida se debe tomar en cuenta la actuación de la parte a su respecto, esto es, si la solicitó

82 La reducción del costo incremental del litigio es relevante en caso de que el proceso llegue a una apelación (debido al bajo costo de la apelación, dado que la sentencia resume y concentra el debate de las instancias subsiguientes), y no con anterioridad a que se adopte la decisión en primera instancia; véase POSNER, *El análisis económico del derecho*, cit., 525-526.

83 Que establece que, existiendo motivo fundado para temer que una persona se ausente en breve tiempo del país, podrá pedirse absolución de posiciones “sobre hechos calificados previamente de conducentes por el tribunal”.

o no (pudiendo hacerlo) en primera instancia, o bien si versa sobre hechos nuevos o no, pues de lo contrario sería nuevamente un resabio de un modelo de apelación amplio. No considerar tales factores llevaría a desnaturalizar esta prueba. En efecto, conceptualmente, los hechos materiales o circunstancias que se establezcan en el acta levantada a causa de la inspección tienen el valor de plena prueba (art. 408 c.p.c.), porque se trata de hechos o circunstancias que emanan de la “propia percepción” u observación del tribunal que concurre a la diligencia (arts. 407 y 408 c.p.c.).

Si bien la ley autoriza que los tribunales colegiados comisionen la práctica de esta diligencia a uno de sus miembros (art. 405 inc. 2.º c.p.c.), lo normal es que esta prueba se rinda en el proceso civil en primera instancia, donde existen jueces unipersonales. De esta forma, es excepcional comisionar a un miembro de un tribunal colegiado la práctica de esta prueba, porque conduce a un escenario no deseado por el legislador: que el valor de plena prueba no surja de la percepción u observación del miembro del tribunal que practica la diligencia (sino de todos los miembros del tribunal colegiado, lo que incluye a jueces que no asistieron a la diligencia), con base en la inmediatez generada por el contacto directo que *ese* juez tuvo con el objeto de la inspección. En esta materia se encuentra en juego el principio de inmediatez⁸⁴, sin que sea posible subsanar los vicios que la infracción a este pueda traer aparejados por medios tecnológicos⁸⁵.

Así, en el caso de un tribunal colegiado (que es una característica común en la segunda instancia chilena), la práctica de esta prueba debe quedar restringida a situaciones excepcionales, calificada por los motivos que señalamos, porque de otra forma se tendría una misma prueba que, rigiéndose naturalmente por un principio de inmediatez, en la práctica se regiría parcialmente por tal principio y parcialmente por un principio de no-inmediatez. Dado que los jueces de segunda instancia tienen mayores posibilidades de alcanzar ese resultado no deseado, deberían negar lugar a la realización de esta diligencia cuando no se realizó en primera instancia, habiéndose podido llevar a cabo.

E. Prueba pericial

Respecto a la prueba pericial, regulada en el artículo 412 y siguientes c.p.c., puede decretarse en cualquier estado del juicio, ya sea de oficio o a petición de parte.

84 Entendida como inmediatez en sentido estricto, esto es, que el juez que ha presenciado los actos probatorios de las partes (regidos por la oralidad) sea el mismo que dicte la sentencia; véase CALDERÓN CUADRADO, M. P., “El proceso civil y su estructuración en dos instancias. Problemática que plantea”, en *Libro Homenaje al Profesor Dr. Eduardo Font Serra*, Madrid, Ministerio de Justicia, t. I, 2004, 831.

85 Tal como ha sido sostenido para similares infracciones a tal principio en relación con la problemática de valorar en segunda instancia la prueba rendida en primera instancia en un contexto de inmediatez y oralidad; véase PICÓ I JUNOY, “Oralidad y control de las pruebas en segunda instancia”, cit., 1207-1217.

Nuevamente nos enfrentamos a un medio de prueba cuya oportunidad para ser practicada es extremadamente amplia y que, en segunda instancia, propicia dilaciones y pruebas “sorpresivas”, las que no concuerdan con conductas que observen la buena fe procesal⁸⁶. Reiteramos a este respecto las observaciones críticas que hemos señalado, al constatar que la regulación de esta prueba posee los vicios que hemos detectado a propósito de un entendimiento amplio de la apelación.

Conclusiones

El proceso civil no puede configurarse con prescindencia de los costos sociales que impone. Además, si los litigantes actúan estratégicamente, impondrán costos privados a su contraparte e incrementarán los costos sociales. En esa lógica, la estructura del sistema de apelación debe fortalecer el rol revisor que cumple el tribunal de segunda instancia. Para ello, la prueba solamente debe ser rendida en primera instancia (salvo la prueba de hechos nuevos). Ello minimiza u optimiza los costos sociales: por medio de una regulación de la carga de la prueba objetiva sujeta a una regla de preclusión específica que señale que en primera instancia se agotará la posibilidad de rendir prueba. Esta permite satisfacer, asimismo, objetivos perseguidos por algunas de las manifestaciones normalmente atribuidas a la buena fe procesal (coherencia, completitud y cooperación), sin necesidad de recurrir a la discusión sobre la recepción de la buena fe procesal en nuestro ordenamiento civil.

Referencias

- ARAZI, R., *La prueba en el proceso civil*, Buenos Aires, La Roca, 2008.
- BENAVENTE GORROÑO, D., *Derecho procesal civil*, Santiago, Jurídica de Chile, 2002.
- BENTHAM, J., *Tratado sobre las pruebas judiciales*, Buenos Aires, EJEA, 1971.
- BONE, R., “Discovery”, en TAVOLARI GOYCOOLEA, P. y PÉREZ-RAGONE, Á. (coords.), *Derecho procesal civil comparado. Homenaje a Rolf Stürner*, Santiago, Legal-Publishing-Thomson Reuters, 2014, 223-266.
- BORDALÍ SALAMANCA, A.; CORTEZ MATCOVICH, G. y PALOMO VÉLEZ, D., *Proceso civil. El juicio ordinario de mayor cuantía*, Santiago, Thomson Reuters, 2013.

86 En sentido contrario, sosteniendo que no procede en segunda instancia por no ser mencionada en el artículo 207 c.p.c., se pronuncian BORDALÍ SALAMANCA, CORTEZ MATCOVICH y PALOMO VÉLEZ, *Proceso civil*, cit., 321.

BRAVO HURTADO, P., “Derrotabilidad de la carga de prueba en la responsabilidad contractual: hacia la facilidad probatoria en Chile”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 21, 2013, pp. 13-46.

BÜLLOW, O., *Zivilprozessrecht*, Tübingen, Mohr, 2004.

CACHÓN CADENAS, M., “La buena fe en el proceso civil”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, 17, 2005, 209-250.

CALDERÓN CUADRADO, M. P., “El proceso civil y su estructuración en dos instancias. Problemática que plantea”, en *Libro Homenaje al Profesor Dr. Eduardo Font Serra*, Madrid, Ministerio de Justicia, t. I, 2004.

CARNELUTTI, F., *La prueba civil*, Buenos Aires, Depalma, 1982.

CARROCCA PÉREZ, A., *Manual de derecho procesal*, Santiago, LexisNexis Chile, t. II, 2003.

CARRASCO DELGADO, N., *Análisis económico de las medidas cautelares civiles*, Santiago, Thomson Reuters, 2012.

CARRASCO DELGADO, N., “La eficiencia procesal y el debido proceso”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 32, 2017, 443-469.

CARRASCO DELGADO, N., “El proceso civil como vía para reducir divergencias entre las partes”, *Revista de Derecho Global. Estudios sobre Derecho y Justicia*, 11, 2019, 45-66.

CARRETTA MUÑOZ, F., “La simetría de la relación adjetiva civil y el abuso procesal de los jueces”, *Revista de Derecho Valparaíso*, 37, n.º 1, 2012, 325-341.

CARRETTA MUÑOZ, F., *La coherencia en el proceso civil. Imperativo conductual y decisonal desde la buena fe (casos y jurisprudencia)*, Santiago, Thomson Reuters, 2013.

CHIOVENDA, G., *Instituciones de derecho procesal civil*, Madrid, Revista de Derecho Privado, t. III, 1940.

COHEN, J., Y LARRY, W., “Good Faith and Fair Dealing: A Primer on the Differences between the United States and Canada”, *Franchise Law Journal*, 22, n.º 1, 2002, 37-46.

COLOMA CORREA, R., “Vamos a contar mentiras, tralará..., o de los límites a los dichos de los abogados”, *Revista de Derecho*, 19, n.º 2, Valdivia, 2006, 27-52.

DALBIGANT-DEHARO, G., *Vérité scientifique et vérité judiciaire en droit privé*, Paris, LGDJ, 2004.

ESPARZA LEIBAR, I., *La instancia de apelación civil. Estudio comparativo entre España y Alemania*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.

FAIRÉN GUILLÉN, V., *El razonamiento de los tribunales de apelación*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1990.

FAIRÉN GUILLÉN, V., *Doctrina general del Derecho Procesal*, Barcelona, Bosch, 1992.

FERRER BELTRÁN, J., *Prueba y verdad en el derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2002.

FIGUEROA YÁVAR, J. A. y MORGADO SAN MARTÍN, E., *Procedimientos civiles e incidentes*, Santiago, Thomson Reuters, 2013.

GANDULFO RAMÍREZ, E., “Sobre preclusiones procesales en el derecho chileno en tiempo de reformas. Ensayo de una teoría general desde un enfoque valorativo jurídico”, *Ius et Praxis*, 15, n.º 1, 2009, 121-189.

GORIGOIYÍA ABBOTT, F., “La buena fe en el proceso civil chileno”, *Nomos. Revista de Derecho*, 2, 2008, 133-159.

GUZMÁN, N., *La verdad en el proceso penal*, 2.ª ed., Buenos Aires, Editores del Puerto, 2011.

HAACK, S., “La justicia, la verdad y la prueba: no tan simple, después de todo”, en FERRER BELTRÁN, J., y VÁZQUEZ ROJAS, C. (coords.), *Debatiendo con Taruffo*, Madrid, Marcial Pons, 2016.

HASSEMER, W., *Einführung in die Grundlagen des Strafrecht*, München, Beck, 1990.

HUNTER AMPUERO, I., “No hay buena fe sin interés: la buena fe procesal y los deberes de veracidad, completitud y colaboración”, *Revista de Derecho*, 21, n.º 2, Valdivia, 2008, 151-182.

LARROUCAU TORRES, J., “Tres lecturas de la buena fe procesal”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, 21, 2013, 259-305.

- LARROUCAU GARCÍA, M., “La buena fe procesal y el deber de colaboración de las partes en los procedimientos laborales”, *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 1, n.º 1, 2010, 67-81.
- LYON PUELMA, A., “Crítica a la doctrina del acto propio: ¿sanción de la incoherencia o del dolo o la mala fe?”, *Cuaderno de Extensión Jurídica, Facultad de Derecho Universidad de los Andes*, “Venire contra factum proprio”, 18, 2010, 59-68.
- MACKAAY, E., “Good Faith in Civil Law Systems. A Legal-Economic Analysis”, *Revista Chilena de Derecho*, 18, 2012, 149-177.
- MARTÍN OSTOS, J., *Las diligencias para mejor proveer en el proceso civil*, Madrid, Montecorvo, 1981.
- MENESES PACHECO, C., *El documento público como medio de prueba en el proceso civil chileno*, Santiago, Thomson Reuters, 2017.
- MONTERO AROCA, J., *La prueba*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2000.
- NICOLÁS, J. y FRAPOLLÍ, M., *Teorías de la verdad en el siglo xx*, Madrid, Tecnos, 1997.
- NEUMANN, U., *Wahrheit im Recht. Zu Problematik und Legitimität einer fragwürdigen Denkform*, Baden-Baden, Nomos, 2004.
- NÚÑEZ OJEDA, R. y BRAVO HURTADO, P., “Hacia una reforma global del sistema de recursos ante las cortes de apelaciones: una primera aproximación”, en PALOMO VÉLEZ, D. (dir.), *Recursos procesales. Problemas actuales*, Santiago, Der, 2017, 89-106.
- NÚÑEZ OJEDA, R. y CARRASCO DELGADO, N., “Análisis económico de la administración de justicia. ¿La justicia como bien público o privado?”, *Revista Chilena de Derecho*, 42, n.º 2, 2015, 595-613.
- NÚÑEZ OJEDA, R. y PÉREZ RAGONE, A., *Los medios de impugnación*, Santiago, Thomson Reuter, 2015.
- O’CONNOR, J. F., *Good Faith in English Law*, Aldershot, Dartmouth, 1990.
- OTERO LATHROP, M., “La prueba en segunda instancia”, en DUNLOP RUDOLFFI, S. (dir.), *Nuevas orientaciones de la prueba*, Santiago, Jurídica de Chile, 1981, 109-132.

PALOMO VÉLIZ, D., “Apelación, doble instancia y proceso civil oral”, en TAVOLARI OLIVEROS, R. (dir.), *Derecho procesal contemporáneo*, Santiago, Metropolitana, t. II, 2010, 1218-1243.

PASCUAL SERRATS, R., *El recurso de apelación civil (Facultades de las partes y poderes del tribunal “ad quem”)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001.

PICÓ I JUNOY, J., *El principio de la buena fe procesal*, Madrid, Bosch, 2003.

PICÓ I JUNOY, J., “El debido proceso leal. Reflexiones en torno al fundamento constitucional del principio de la buena fe procesal”, *Revista Peruana de Derecho Procesal*, 9, 2006, 331-372.

PICÓ I JUNOY, J., “Oralidad y control de las pruebas en segunda instancia”, en TAVOLARI OLIVEROS, R. (dir.), *Derecho procesal contemporáneo*, Santiago, Metropolitana, t. II, 2010, 1207-1217.

PICÓ I JUNOY, J., *El principio de la buena fe procesal*, 2.^a ed., Barcelona, Bosch, 2013.

PIEDRABUENA RICHARD, G., *Las medidas para mejor resolver como institución común a todo procedimiento civil*, Santiago, Jurídica de Chile, 1960.

PIEDRABUENA RICHARD, G., *El recurso de apelación y la consulta*, Santiago, Jurídica de Chile, 1999.

POSNER, R., *El análisis económico del derecho*, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1992.

ROMERO SEGUEL, A., “La congruencia de la sentencia”, *Revista Chilena de Derecho*, 25, 1998, 447-451.

ROMERO SEGUEL, A., “El principio de la buena fe procesal y su desarrollo en la jurisprudencia, a la luz de la doctrina de los actos propios”, *Revista Chilena de Derecho*, 30, n.º 1, 2003, 167-172.

RUAY SÁEZ, F., “Análisis crítico sobre la inclusión del principio de buena fe procesal en el Proyecto de código procesal civil chileno”, *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, 4, n.º 3, 2013, 53-82.

SCHÄFER, H. B. y OTT, C., *The Economics Analysis of Civil Law*, Northampton, Edward Elgar, 2004.

- SHAVELL, S., "The Social versus the Private Incentive to Bring Suit in a Costly Legal System", *The Journal of Legal Studies*, 11, 1982, 333-339.
- SHAVELL, S., *Foundations of Economic Analysis of Law*, London, The Belknap Press of Harvard University Press, 2004.
- SOBEL, J., "An Analysis of Discovery Rules", *Law and Contemporary Problems*, 52, n.º 1, 1989, 133-159.
- SOLÉ RIERA, J., *El recurso de apelación civil*, Barcelona, Bosch, 1998.
- STAMP, F., *Die Wahrheit im Strafverfahren*, Baden-Baden, Nomos, 1998.
- SUMMERS, R., "The General Duties of Good Faith - Its Recognition and Conceptualization", *Cornell Law Review*, 67, 1982, 810-835.
- SUNSTEIN, C., "The Virtue of Simplicity", *Yale Law Journal Pockert Part*, 70, 2006.
- TARSKI, A., *Logic, Semantics, Metamathematics*, Indianapolis, Hackett, 1983.
- TARUFFO, M., *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Bologna, Il Mulino, 2002.
- TARUFFO, M.; COMOGLIO, L. y FERRI, C., *Lezioni sul processo civile*, Bologna, Il Mulino, t. I, 2006.
- TARUFFO, M., "Elementos para una definición de abuso del proceso", *Páginas de justicia civil*, Madrid, Barcelona y Buenos Aires, Marcial Pons, 2009, 295-310.
- VALDÉS VILLANUEVA, L., *En búsqueda del significado. Lecturas sobre filosofía del lenguaje*, Madrid, Tecnos, 1995.
- VÉSCOVI PUPPO, E., *Los recursos judiciales y demás medios de impugnación en Iberoamérica*, Buenos Aires, Depalma, 1998.