



Ius et Praxis

ISSN: 0717-2877

revista-praxis@utalca.cl

Universidad de Talca

Chile

Meneses Pacheco, Claudio
Fuentes de prueba y medios de prueba en el proceso civil
Ius et Praxis, vol. 14, núm. 2, 2008, pp. 1-36
Universidad de Talca
Talca, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19714202>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

 redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

FUENTES DE PRUEBA Y MEDIOS DE PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL* SOURCES OF EVIDENCE AND EVIDENCE IN CIVIL PROCEDURE

Claudio Meneses Pacheco**

RESUMEN

El propósito de este artículo es explicar la distinción teórica entre fuentes de prueba y medios de prueba en el campo del enjuiciamiento civil. A partir de la llamada concepción racionalista o cognoscitivista de la prueba en juicio, se sostiene que tanto fuentes como medios constituyen datos empíricos que sirven de sustento a la actividad probatoria y al resultado de ésta. En este sentido, ambos son elementos (personas y cosas) que suministran información sobre hechos. La diferencia entre uno y otro radica en el escenario donde se sitúan, pues mientras las fuentes de prueba se ubican en un plano previo y ajeno al proceso jurisdiccional, los medios de prueba se instalan en el contexto del juicio. La relación entre ambos surge, en definitiva, del modo como cada sistema de enjuiciamiento determina la procedencia de los medios de prueba; en otras palabras, el asunto consiste en resolver cuáles fuentes de prueba pueden ser incorporadas a un juicio como medios de prueba relevantes y jurídicamente admisibles.

ABSTRACT

The purpose of this article is to explain the theoretical distinction between sources of evidence and evidence in the civil litigation field. Starting from the so called rationalist or cognitive conception of evidence in litigation, it is maintained that both, sources of evidence and evidence constitute empirical data that upholds the fact finding activity and its results. In this sense, they both are elements (people and things) that provide information relating to facts. The difference between them lies in the scenario in which they are located, while the sources of evidence are located in a level prior and unconnected to judicial proceedings, evidence is located in the trial itself. The relation between both of them, finally is decided by the manner in which each litigation system determines the admissibility of evidence; in other words, it is necessary to resolve which sources of evidence can be incorporated in trial as relevant and legally admissible evidence.

PALABRAS CLAVES:

Prueba civil – Fuentes de prueba – Medios de prueba

KEYWORDS:

Civil evidence- Sources of evidence –evidence

* Trabajo recibido el 16 de junio de 2008; aprobada su publicación el 10 de agosto de 2008.

** Profesor de Derecho Procesal, Universidad de Valparaíso. Becario del Programa de Doctorado, Universidad de los Andes, Chile. Correo electrónico: claudio.meneses@uv.cl, cmeneses@mbmack.cl. El autor agradece la dirección del prof. Dr. Alejandro Romero Seguel en el desarrollo de este trabajo.

1. INTRODUCCIÓN

En este trabajo nos preocuparemos del sustento externo de la prueba judicial en materia civil, que en los sistemas continentales a menudo recibe la denominación “medios de prueba”.

Corresponde a la cara sensible del fenómeno probatorio; a aquello que puede ser percibido por el juez y que presenta la aptitud de suministrar información relevante para el establecimiento de los hechos de la causa; al dato concreto con el cual el juzgador da inicio a la tarea de aprehender y reconstruir los sucesos en el proceso.

Ahora bien, en el campo de la prueba en juicio estos antecedentes pueden ubicarse en dos planos: uno extrajudicial y otro intraprocesal. El primero constituye un terreno vasto, pues comprende todo cuanto ocurre en el mundo sensible, con o sin regulación jurídica; en él encontramos un sinnúmero de elementos aptos para proporcionar datos útiles para el conocimiento de los hechos; es, por lo mismo, el nivel de mayor aptitud epistemológica. El segundo, en cambio, es un sector más limitado, que se halla sujeto a todas las exigencias que impone el Derecho para llevar a cabo la tarea de resolver los conflictos mediante un debido proceso legal; aquí intervienen normas jurídicas que definen la idoneidad del material probatorio para su uso en juicio, las que muchas veces no se inspiran en criterios epistémicos; es, en consecuencia, un estadio donde en ocasiones disminuye la cualidad cognoscitiva de los antecedentes.

Nuestro propósito es estudiar ambas esferas y explicar cómo pueden relacionarse. Para tales efectos, proponemos usar una denominación que goza de cierta difusión doctrinaria y que ha sido recibida por algunos autores nacionales, aunque le daremos un sentido distinto al asignado por la mayoría de estas teorías. De este modo, aludiremos a las “fuentes de prueba” y a los “medios de prueba”, refiriéndonos con las primeras a los elementos que existen en un plano anterior y ajeno al juicio, y con los segundos al material que la ley considera idóneo para los fines de la prueba en el proceso jurisdiccional.

El objetivo central es explicar que esta faceta del fenómeno probatorio no se agota en la regulación legal ni en la realidad judicial, pues el punto de partida necesariamente se encuentra fuera de tales áreas. Según lo desarrollaremos, la base de la prueba está compuesta por los datos empíricos que existen en forma previa al proceso, desde donde debe comenzar el análisis del asunto. Nuestra mirada va desde la periferia del juicio hacia el interior de éste.

2. LA PRUEBA JUDICIAL COMO ACTIVIDAD, MEDIO Y RESULTADO

2.1. ASPECTOS DE LA PRUEBA EN JUICIO

a) Actividad, medio y resultado

En nuestro idioma no existen palabras específicas para aludir a los principales rubros sobre los cuales se proyecta la prueba en juicio. El término “prueba”¹, en efecto, es polisémico, pues designa diversos aspectos cada uno con un significado especial². Además, la prueba judicial es una figura multidisciplinaria, ya que involucra varias áreas del quehacer humano que, si bien tienen relación, es necesario diferenciar para una adecuada compresión de las cuestiones asociadas con ella³.

Así, tomando una descripción global y amplia de este fenómeno, es posible mencionar tres importantes facetas de la prueba procesal, en cada una de las cuales se presentan con distinta intensidad las disciplinas que concurren en el rubro del establecimiento judicial de los hechos. Cabe hablar de la prueba como actividad, medio y resultado⁴.

Podemos identificarla, en primer lugar, como una actividad que se desarrolla al interior del proceso, a través de la cual las partes aportan los antecedentes necesarios para sustentar sus alegaciones y el juzgador determina la *quaestio facti* debatida. En este sentido, la prueba aparece en un aspecto dinámico, integrada por una variedad de factores que se encuentran en constante movilidad, con intervención de los litigantes y del juez, de todo lo cual se obtiene la determinación de los hechos⁵. Desde la óptica técnico-procesal, esta actividad es regulada por el procedimiento probatorio, que fija la manera como debe producirse la prueba al interior de un juicio⁶.

La prueba judicial aparece, además, como una entidad que requiere de elementos que le sirvan de soporte, con base en los cuales el tribunal pueda dar por acreditadas las afirmaciones de hecho de la causa. Bajo esta perspectiva, la doctrina jurídica alude a la “prueba como medio”, refiriéndose con ello a los antecedentes que puede utilizar el juez para determinar la materia factual del juicio⁷. Como veremos pronto, en las legislaciones procesales de *civil law* esta faceta es con frecuencia designada con la expresión “medios de prueba”.

En fin, la prueba judicial constituye un resultado, consistente en la conclusión a la cual arriba el juzgador sobre el *factum probandum* a partir de los antecedentes allegados al proceso. Corresponde

¹ Una explicación de los sentidos de la palabra “prueba” y su etimología, en COUTURE, EDUARDO J., *Vocabulario jurídico. Con referencia especial al Derecho procesal positivo vigente uruguayo*, Depalma, 5^a reimpresión, Buenos Aires, 1993, pp. 490 y 491.

² Cfr. por todos, TARUFFO, MICHELE, *La prueba de los hechos*, trad. J. Ferrer Beltrán, Trotta, Madrid, 2002, pp. 439-515.

³ Cfr. TWNING, WILLIAM, “Evidence as a multi-disciplinary subject”, en *Rethinking Evidence. Exploratory Essays*, Cambridge University Press, 2^a edic., Cambridge, 2006, pp. 436-456; una perspectiva teórica general, en WRÓBLEWSKI, JERZY, “La prueba jurídica: axiología, lógica y argumentación”, en *Sentido y hecho en el Derecho*, trads. J. Igartua y J. Ezquiaga, Servicio Editorial Universidad del País Vasco, San Sebastián, 1989, pp. 171-189.

⁴ Sobre estas perspectivas, puede verse entre otros, TARUFFO, M., *La prueba...*, cit., pp. 448-450; GASCÓN ABELLÁN, MARINA, *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*, Marcial Pons, 2^a edic., Madrid, 2004, pp. 83-86; FERRER BELTRÁN, JORDI, *Prueba y verdad en el Derecho*, Marcial Pons, 2^a edic., Madrid, 2005, pp. 27-29; en nuestra doctrina, una referencia en PEÑAILILLO ARÉVALO, DANIEL, *La prueba en materia sustantiva civil. Parte general*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1989, pp. 1-5.

⁵ Cfr. TARUFFO, M., *La prueba...*, cit., p. 451.

⁶ Una exposición de esta actividad, en ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, NICETO, “Introducción al estudio de la prueba”, en *Estudios de Derecho probatorio*, s/e, Concepción (Chile), 1965, pp. 111, 120 y 121; DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO, *Teoría general de la prueba judicial*, Temis, 5^a edic., Bogotá, 2002, t. I, pp. 263-272; MONTERO AROCA, JUAN, *La prueba en el proceso civil*, Thomson – Civitas, 4^a edic., Navarra, 2005, pp. 171-219.

⁷ Cfr. GASCÓN ABELLÁN, M., *Los hechos...*, cit., pp. 84 y 85.

a la parte final del trabajo probatorio, en la cual el magistrado resuelve cuáles afirmaciones de hecho pueden darse por verificadas⁸.

b) “Evidence” y “proof”

En la lengua inglesa, en cambio, se emplean los vocablos “evidence” y “proof” para individualizar las principales cuestiones de la prueba judicial⁹.

La prueba como medio es abordada con la denominación “evidence”, haciéndose uso del término “means of proof” muy esporádicamente; lo concerniente al resultado es singularizado con el vocablo “proof”; por su lado, lo referido a la actividad probatoria se vincula con el término “litigation”, que en este marco designa el procedimiento formal al que debe sujetarse una acción judicial¹⁰.

En una aproximación a los conceptos manejados en el modelo angloamericano, podemos decir que –en general- la prueba judicial se presenta como todo aquello que permite acreditar o desacreditar la existencia de un hecho alegado en una causa¹¹. *Evidence* es definida como “algo (incluido testimonios, documentos y objetos tangibles) que tiende a probar o refutar la existencia de un hecho alegado (por ejemplo: el guante ensangrentado es la pieza clave de evidencia para la fiscalía)”¹². Una noción difundida a nivel de trabajos teóricos, dice que *evidence* es “cualquier cuestión de hecho cuyo efecto, tendencia o diseño, cuando se presenta a la mente, está destinada a producir una persuasión [afirmativa o negativa] acerca de la existencia de alguna otra cuestión de hecho”¹³.

c) “Information”

Es necesario consignar que una parte de la doctrina contemporánea de *common law* ha propuesto hacer ciertas variaciones a los conceptos antes referidos, en especial por la cantidad de asuntos que concurren en este campo¹⁴. En lo directamente relacionado con nuestro tema, TWINING ha sugerido sustituir la noción de “evidence” por la de “information”, que –en su opinión- tiene un significado más laxo que la primera. En este sentido, destaca que la *information* se preocupa en forma amplia del elemento fáctico en todas las decisiones importantes para el proceso; que, por su parte, *evidence*

⁸ Véase GASCÓN ABELLÁN, M., *Los hechos...*, cit., pp. 85 y 86; de la misma autora, “La racionalidad en la prueba”, en AA.VV., *Sobre el razonamiento jurídico. Revista de Ciencias Sociales. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Valparaíso*, Edeval, Valparaíso, 2000, N°45, p. 612; también FERRER BELTRÁN, J., *Prueba y verdad...*, cit., pp. 29-38.

⁹ Una comparación entre el término “evidence” y los derivados del verbo latino “*probare*”, en BENTHAM, JEREMY, *Rationale of Judicial Evidence*, en *The Works of Jeremy Bentham, published under the superintendence of his executor, John Bowring*, Simpkin, Marshall & CO., Edinburgh, 1843, vol. VI, p. 208, nota al pie de página.

¹⁰ Cfr. TWINING, WILLIAM, “What is the law of evidence”, en *Rethinking Evidence...*, cit., pp. 193 y 194. En este modelo también se hace mención a la “lógica de la prueba” (“*logic of proof*”), como otra categoría general de la prueba en juicio (ibidem, p. 193).

¹¹ Cfr. TARUFFO, M., *La prueba...*, cit., pp. 345-349.

¹² Primera acepción de la locución “evidence”, en AA.VV., *Black’s Law Dictionary*, edit. Bryan A. Garner, Thomson, 8^a edic., Minnesota, 2004, p. 595.

¹³ Cfr. BENTHAM, J., *Rationale of Judicial Evidence...*, cit., vol. VI, p. 208; RAZNOVICH, LEONARDO JAVIER, *The relationship between evidence, fact-finding and outcomes*, Thesis submitted for the degree of Doctor of Philosophy, University College Oxford, Oxford, 2004, p. 162 y la doctrina ahí citada; TWINING, W., “What is the law of evidence...”, cit., p. 193, con citas de doctrina de *common law*.

¹⁴ Destacamos a TWINING, W., “Rethinking evidence...”, cit., pp. 237-270; “Evidence as a multi-disciplinary subject...”, cit., pp. 436-456.

constituye una “palabra de relación” usada en el “contexto de argumentación” de un juicio; que, por fin, en este contexto la *information* se presenta como una materia que tiene un “rol potencial” como una *evidence* relevante para afirmar o negar una proposición de hecho planteada en juicio¹⁵.

Por lo que diremos más adelante, pensamos que este planteamiento presenta una serie de méritos para el desarrollo de nuestro trabajo, pues permite abordar el tema de los elementos probatorios desde la periferia del juicio hacia el interior de éste. Con una mirada desde afuera hacia adentro, dada, primero, por aquello que trataremos como fuentes de prueba y que TWINING denomina *information* y, segundo, por aquello que trataremos como medios de prueba y que TWINING denomina *evidence*.

2.2. VINCULACIÓN ENTRE LOS ASPECTOS DE LA PRUEBA E IMPORTANCIA DE LOS MEDIOS

Según se advierte, los tres aspectos que mencionamos al inicio presentan una estrecha relación: la prueba judicial se produce a partir de una serie de actuaciones ejecutadas en el proceso (prueba como actividad); se apoya en los elementos que se aportan a la causa (prueba como medio); y se dirige a la obtención de una conclusión sobre los hechos por parte del juez (prueba como resultado)¹⁶.

De ahí que en forma general la prueba procesal pueda ser descrita como una actividad racional tendiente a aprehender y reconstruir los hechos efectivamente acaecidos¹⁷, en la que se reúnen los predichos aspectos junto a una serie de factores de diversa índole: epistemológicos, lógicos, argumentativos, psicológicos y sociológicos, entre otros¹⁸.

Ahora bien, en lo que toca a nuestro análisis, hay que destacar la importancia que presenta la prueba en cuanto “medio”, que sirve de respaldo a la actividad probatoria y al resultado de ésta. En una primera explicación, podríamos señalar que este aspecto corresponde a algo así como el punto de partida del fenómeno probatorio: es la “materia prima” con la que deberán trabajar las partes y el tribunal en la tarea de establecer las cuestiones fácticas del conflicto¹⁹.

3. FUENTES DE PRUEBA Y MEDIOS DE PRUEBA

3.1. USO FRECUENTE DEL TÉRMINO “MEDIOS DE PRUEBA”

¹⁵ Cfr. TWINING, W., “Rethinking evidence...”, cit., pp. 253 y 254; del mismo autor, “Evidence as a multi-disciplinary subject...”, cit., p. 441, y pp. 453 y 454 n. 30.

¹⁶ Una visión de conjunto en SENTÍS MELENDO, SANTIAGO, *La prueba. Los grandes temas del Derecho probatorio*, Ejea, Buenos Aires, 1979, pp. 9-27; un planteamiento general en COUTURE, EDUARDO J., *Fundamentos del Derecho procesal civil*, Depalma, 3^a edic. (póstuma), Buenos Aires, 1993, pp. 215-276.

¹⁷ Cfr. GASCÓN ABELLÁN, M., *Los hechos...*, cit., 83-97; de la misma autora, “La racionalidad...”, cit., pp. 609 y 610.

¹⁸ Cfr. TWINING, W., “Rethinking Evidence...”, cit., pp. 237-270; del mismo autor, “Evidence as a multi-disciplinary subject...”, cit., pp. 436-456; TARUFFO, M., *La prueba...*, cit., pp. 21-27.

¹⁹ Cfr. STEIN, FRIEDRICH, *El conocimiento privado del juez*, trad. A. de la Oliva Santos, Temis, 2^a edic., Bogotá, 1988, p. 15, donde alude a la “materia prima” de la prueba.

Como ya se indicó, en el sistema continental a menudo se emplea la terminología “medios de prueba” para aludir a los antecedentes en los que se apoya la dinámica probatoria²⁰. En este sentido, los medios son definidos como “toda cosa, hecho o acto que sirve por sí solo para demostrar la verdad o falsedad de una proposición formulada en juicio”²¹; en la doctrina chilena se dice que son “los elementos que en un sistema jurídico se consideran idóneos para producir la convicción del juzgador”²²; nuestra jurisprudencia los ha descrito como instrumentos destinados “a proporcionar al juez conocimiento sobre los hechos de que depende el derecho que debe declarar en la sentencia”²³.

En el área civil de la legislación nacional, el art. 341 CPC usa de modo expreso la denominación “medios de prueba”, y contiene en seguida una indicación de éstos. En la normativa del último tiempo, la Ley N°19.968 sobre Tribunales de Familia contempla preceptos en el mismo sentido, como ocurre con el art. 54 que se refiere a los “medios de prueba” no regulados expresamente²⁴.

Podemos encontrar el mismo giro en otros ordenamientos procesales de *civil law*, como –por ejemplo– en el art. 299 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española del año 2000, sobre los “medios de prueba”; el art. 202 del *Codice di Procedura Civile* de Italia, referido a la aportación de los “*mezzi di prova*”; los párrafos 282.1 y 356 de la *Zivilprozessordnung (ZPO)* de Alemania, en los que se alude a los “*Beweismittel*”; el art. 378 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina, concerniente a los “medios de prueba” y, el art. 332 del *Código de Processo Civil* de Brasil, que contiene una norma general sobre los “*meios de prova*”, aludiendo a los “*meios legais*”, los “*moralmente legítimos*” y los “*não especificados*” en dicha ley.

3.2. DISTINCIÓN DOCTRINARIA ENTRE “FUENTES” Y “MEDIOS”

Ahora bien, un sector importante del procesalismo contemporáneo ha distinguido entre “fuentes de prueba” y “medios de prueba”, para analizar en forma completa esta cara de la prueba judicial. *Grosso modo*, se postula la necesidad de seccionar esta dimensión en dos rubros, ubicando uno en un plano extrajudicial (fuentes) y otro en el terreno del proceso (medios). Este planteamiento ha tomado una terminología que en su día utilizó BENTHAM²⁵, y sobre todo las explicaciones que dio

²⁰ Cfr. TARUFFO, M., *La prueba...*, cit., pp. 448 y 449.

²¹ COUTURE, E., *Vocabulario...*, cit., p. 405.

²² PEÑAILILLO ARÉVALO, D., ob. cit., p. 27. Para otras definiciones, véase FIGUEROA YÁVAR, JUAN AGUSTÍN, “Medios de prueba no contemplados en nuestra legislación civil”, en AA.VV, *Nuevas orientaciones de la prueba*, coord. S. Dunlop Rudolffi, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1981, p. 79; CAROCCA PÉREZ, ALEX, “La prueba por medio de los modernos avances científico-tecnológicos en el proceso civil”, en *Gaceta Jurídica*, 1998, N°219, pp. 7-9.

²³ C. Ap. Punta Arenas 5 enero 1990, *RDJ* t. 83, sec. 2^a, p. 8 (considerando 31^o). Véase también la sentencia del 22^o Juzgado Civil de Santiago dictada en los autos “Larraín con Sociedad Industrial y Comercial Maderera Los Dominicos”, publicada en *RDJ* t. 79, sec. 3^a, pp. 89-92, en especial considerando 18^o (pp. 91 y 92).

²⁴ Destacamos un par de ejemplos más: en materia de juicios marítimos, el art. 1206 N°1 C de C alude a los “medios probatorios” y, en las causas sobre responsabilidad civil por los daños derivados de los derrames de hidrocarburos y otras sustancias nocivas, el art. 157 letra a) de la Ley de Navegación (DL N°2.222) también se refiere a los “medios probatorios”. El art. 1698 inc. 2^o CC usa simplemente el término “prueba”.

²⁵ Sobre el uso de la expresión “fuente de la prueba” (“*source of the evidence*”), véase BENTHAM, JEREMÍAS, *Tratado de las pruebas judiciales (Obra compilada de los manuscritos del autor por E. Dumont)*, trad. M. Ossorio Florit, Ejea, Buenos Aires, 1971, vol. I, pp. 29-31; vol. II, pp. 231-236, 275-279, 323-329; del mismo autor, *An introductory view of the rationale of evidence; for the use of non-lawyers as well as lawyers*, en *The Works of Jeremy Bentham...*, cit., vol. VI, pp. 14-16; del mismo autor, *Rationale of Judicial Evidence...*, cit., vol. VI, pp. 218-223.

CARNELUTTI²⁶, aunque cambiando en parte el sentido y alcance de las directrices propuestas por cada uno de estos dos autores. De estas cuestiones nos preocuparemos a lo largo del trabajo, limitándonos por ahora a sintetizar la doctrina procesal más relevante que actualmente existe sobre el punto.

El principal expositor de esta teoría fue SENTÍS MELENDO, quien partiendo del supuesto que el fenómeno probatorio no pertenece esencialmente al mundo jurídico, formuló la aludida disección de los factores con los cuales se acreditan cuestiones de hecho. Según él, las fuentes de prueba “son los elementos que existen en la realidad”, mientras que los medios “están constituidos por la actividad para incorporarlos al proceso”; la fuente es “un concepto metajurídico, extrajurídico o a-jurídico, que corresponde forzosamente a una realidad anterior y extraña al proceso”, en tanto que el medio “es un concepto jurídico y absolutamente procesal”; la fuente “existirá con independencia de que se siga o no el proceso”, en cambio el medio “nacerá y se formará en el proceso”; en fin, la fuente es “lo sustancial y material”, y el medio es “lo adjetivo y formal”²⁷.

Más recientemente, MONTERO AROCA ha presentado una explicación análoga, indicando que para responder a la pregunta con qué se prueba, es necesario hacer la división conceptual entre “lo que ya existe en la realidad (fuente)” y “el cómo se aporta al proceso (medio) con el fin de obtener la certeza del juzgador”²⁸. En este sentido, expresa que la relación existente entre ambos niveles es la siguiente: medio de prueba es esencialmente la “actuación procesal por la que una fuente se introduce al proceso”²⁹.

En nuestra doctrina, CAROCCA ha aplicado las predichas nociones, acotando que el medio de prueba es “algo que se realiza en el proceso, de modo tal que no puede existir medio de prueba, si antes no hay fuente de prueba”³⁰.

Estas teorías suelen explicar la relación de estos conceptos acudiendo a ejemplos de los principales medios probatorios. Así, se indica que en la prueba documental la fuente se compone del documento y el medio consiste en la actividad por la cual aquél es incorporado a la causa; o que tratándose

²⁶ Sobre la distinción entre “fuente de prueba” y “medio de prueba”, véase CARNELUTTI, FRANCESCO, *La prueba civil*, trad. N. Alcalá-Zamora y Castillo, Depalma, 2^a edic., Buenos Aires, 1982, pp.67-102, 195-201.

²⁷ SENTÍS MELENDO, S., ob . cit., pp. 141, 142, 144, 150, 151, 156.

²⁸ MONTERO AROCA, J., ob. cit., pp. 133 y 137.

²⁹ MONTERO AROCA, J., ob. cit., p. 138. En similares términos, pueden verse, entre otros, los trabajos de FALCÓN, ENRIQUE, *Tratado de la prueba*, Astrea, Buenos Aires, 2003, t. 1, pp. 615-635; DE SANTOS, VÍCTOR, *La prueba judicial*, Editorial Universitaria, 3^a edic., Buenos Aires, 2005, pp. 91-93; ARAZI, ROLAND, *La prueba en el proceso civil*, Ediciones La Rocca, 2^a edic., Buenos Aires, 1998, pp. 123-126.

³⁰ CAROCCA PÉREZ, A., “La prueba...”, cit., p. 16; con un uso equivalente de estos conceptos, recientemente PALOMO VÉLEZ, DIEGO, “La prueba en el proceso civil chileno: ¿una actividad asumida con suficiente seriedad?”, en AA. VV., *Proceso civil. Hacia una nueva justicia civil*, coord. A. de la Oliva y D. Palomo, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, pp. 355-357; también LÓPEZ MASLE, JULIÁN, en HORVITZ LENNON, MARÍA INÉS, y LÓPEZ MASLE, JULIÁN, *Derecho procesal penal chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, t. II, pp. 65-76; una referencia en PEREIRA ANABALÓN, HUGO, “Naturaleza jurídica de la pericia judicial”, en *Gaceta Jurídica*, 1998, N°217, p. 11; una alusión muy sucinta en MENESES PACHECO, CLAUDIO, “Los registros audio-visuales como medios de prueba admisibles en los procesos chilenos”, en *Cuadernos Jurídicos N°11*, Universidad Adolfo Ibáñez, Viña del Mar, 1998, pp. 3 y 4.

de la prueba testimonial, el testigo y su conocimiento constituyen la fuente de prueba, y la declaración judicial de aquél viene a ser el medio probatorio³¹.

3.3. PRECISIONES CON RELACIÓN A ESTAS DOCTRINAS

Antes de continuar, nos parece necesario efectuar algunas precisiones de forma y de fondo en lo atinente a las doctrinas precitadas.

En cuanto a la forma, hay que decir que la terminología empleada no debe conducir a confusiones, pues si la teoría de la prueba ya presenta serias dificultades lexicográficas³², el uso de diversas nomenclaturas inevitablemente complica el cuadro. Ha llegado a hablarse de la presencia de un “caos terminológico”³³ o de “promiscuidad de lenguaje”³⁴, producto del uso de expresiones como las que estamos estudiando. Una buena representación de ello está dada por la distinción que alguna vez formuló GUASP entre siete conceptos conectados de una u otra forma con la materia en cuestión, a saber: “elementos de la prueba”, “fuentes de la prueba”, “medios de prueba”, “materia de la prueba”, “temas de la prueba”, “motivos de la prueba” y “resultados de la prueba”³⁵.

Nuestro propósito no es aumentar las complicaciones terminológicas, añadiendo un nuevo grupo de expresiones. Únicamente buscamos utilizar las sobredichas teorías para explicar de modo amplio y claro este aspecto de la prueba judicial, proponiendo para tales fines aplicar los términos fuentes y medios de prueba.

En cuanto al fondo, discrepamos de una serie de enfoques de las referidas doctrinas, en los que se confunden ciertos planos donde actúan las fuentes y los medios. En este sentido, en lo que dice relación con las fuentes, no compartimos la opinión que sostiene el carácter extrajurídico o incluso a-jurídico de las mismas, pues –como veremos– es perfectamente posible encontrar elementos que tienen regulación legal expresa y que no por ello pierden su condición de fuente probatoria. De este modo, pensamos que el *quid* no está en la ausencia de reglamentación de las fuentes, sino en su ubicación previa y extraña al juicio.

En lo atinente a los medios, no nos parece acertado decir que éstos consistan en la actuación por la cual las fuentes se incorporan a las causas judiciales, como quiera que ello importa mezclar el aspecto externo de la prueba con la dimensión dinámica, vale decir, con la prueba como actividad. Y sobre lo mismo, tampoco concordamos con la doctrina que define a los medios probatorios como la actividad que desarrolla el juzgador para arribar a una conclusión en materia de establecimiento de hechos, pues esto significa trasladar el meollo del asunto desde los datos empíricos en los que se basa el juicio fáctico hacia la decisión del tribunal.

A continuación desarrollaremos estas precisiones de fondo.

³¹ Por todos, SENTÍS MELENDO, S., ob. cit., p. 153.

³² Cfr. TARUFFO, M, *La prueba...*, cit., pp.439-515.

³³ Cfr. SENTÍS MELENDO, S., ob. cit., pp. 380-390; MONTERO AROCA, J., ob. cit., pp. 135 y 136.

³⁴ CARNELUTTI, F., *La prueba...*, cit., p. 199.

³⁵ GUASP, JAIME, *Derecho procesal civil*, Instituto de Estudio Pùblicos, 2^a edic., Madrid, 1961, p. 334. Más recientemente, GUASP, JAIME, y ARAGONESES, PEDRO, *Derecho procesal civil*, Thomson-Civitas, 7^a edic. revisada y puesta al día, Navarra, 2005, t. I, pp. 375 y 376.

4. FUENTES Y MEDIOS COMO DATOS EMPÍRICOS DE LA PRUEBA JUDICIAL

4.1. LOS DATOS EMPÍRICOS DE LA PRUEBA EN JUICIO

Estimamos que la prueba judicial se basa en el método de comprobación de hipótesis, el que requiere de datos empíricos a partir de los cuales el tribunal pueda hacer la comparación entre lo afirmado en la causa y lo que ha ocurrido en la realidad sensible³⁶. Como señala FERRER BELTRÁN, un razonamiento judicial inspirado en este método “es un razonamiento fundado en los elementos de juicio disponibles en el proceso que permitan corroborar de forma suficiente la hipótesis aceptada como probada”³⁷.

Así pues, en este escenario, la determinación judicial de los hechos debe apoyarse en antecedentes que posean la aptitud de proporcionar información específica sobre acontecimientos³⁸; en datos sensibles que desempeñen una función cognoscitiva de los sucesos de la causa³⁹; en bases objetivas que permitan una confirmación de la hipótesis factual presentada por los litigantes⁴⁰; en una materia prima con la cual el tribunal pueda elaborar la sentencia en el plano de la cuestión fáctica⁴¹.

Lo anterior explica ciertas exigencias epistemológicas que parte de la doctrina jurídica contemporánea incluye en este rubro, tal como ocurre con la propuesta de GASCÓN ABELLÁN en torno a la siguiente regla básica: “para poder afirmar la verdad de un enunciado fáctico es necesaria la prueba del mismo, sea ésta directa, deductiva o indirecta”⁴²; o explicaciones como las de FERRER BELTRÁN, para quien la expresión “está probado que *p*” hay que comprenderla como “hay elementos de juicio suficientes a favor de *p*”, lo que significa que “no se puede afirmar de modo absoluto que una proposición *p* está probada, sino únicamente con relación a un determinado conjunto de elementos de juicio (o medios de prueba)”⁴³; o aseveraciones como las que formuló CARNELUTTI

³⁶ Ésta es la visión del fenómeno probatorio que tiene la llamada concepción “racionalista” o “cognoscitivista” de la prueba judicial, en la cual basaremos nuestro análisis. Para una visión general de la misma, TARUFFO, M., *La prueba...*, cit., pp. 422-427; aludiendo a la concepción “racionalista”, FERRER BELTRÁN, JORDI, *La valoración racional de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 29-66; explicando el modelo “cognoscitivista”, GASCÓN ABELLÁN, M., *Los hechos...*, cit., pp. 47-123.

³⁷ FERRER BELTRÁN, J., *La valoración racional...*, cit., p. 66.

³⁸ Cfr. TARUFFO, M., *La prueba...*, cit., pp. 327-438, en especial, pp. 341-387, 403-413; TARUFFO, MICHELE, “Modeli di prova e di procedimento probatorio”, en *Rivista di Diritto Processuale*, Cedam, Padova, año XLV, N°2, abril-junio 1990, pp. 442-444; del mismo autor, “Investigación judicial y producción de prueba por las partes”, en *Revista de Derecho*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, Santiago, vol. XV, 2003, p. 208; del mismo autor, “Conoscenza scientifica e decisione giudiziaria: profili generali”, en *Quaderni Della Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile. Decisione giudiziaria e verità scientifica*, Guiffrè, Milano, N°8, 2005, pp. 16-23; del mismo autor, “Conocimiento científico y estándares de prueba judicial”, en *Boletín Mexicano de Derecho comparado*, año XXXVIII, N°114, 2005, pp. 1295-1305.

³⁹ Así GASCÓN ABELLÁN, M., *Los hechos...*, cit., pp. 84 y 85.

⁴⁰ Cfr. TARUFFO, M., “Modeli di prova...”, cit., p. 444; sobre la misma idea central, WALTER, GERHARD, *Libre apreciación de la prueba. Investigación acerca del significado, las condiciones y límites del libre convencimiento judicial*, trad. T. Banzhaf, Temis, Bogotá, 1985, p. 291.

⁴¹ Aludiendo a la “materia prima”, STEIN, F., ob. cit., p.15.

⁴² GASCÓN ABELLÁN, M., *Los hechos...*, cit., pp. 115 y 128.

⁴³ FERRER BELTRÁN, J., *Prueba y verdad...*, cit., pp. 35-38, 73-78; del mismo autor, *La valoración racional...*, cit., pp. 61-66; en nuestra doctrina, en igual sentido, ACCATINO SCAGLIOTTI, DANIELA, “Convicción, justificación y verdad en la valoración de la prueba”, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, Edeval, Valparaíso, N°26, 2006, p. 48; de la

en torno a la necesidad de brindar un soporte concreto a la prueba, ya que -en su opinión- las razones judiciales que conducen a dar por verificada una afirmación de hecho “no pueden estar montadas en el aire”⁴⁴.

Los datos a los que estamos aludiendo son las fuentes y medios de prueba, y con relación a ellos trabajaremos a continuación. Con todo, advertimos que más adelante (*infra* N°6.2) nos haremos cargo de la incógnita que plantea la concepción argumentativa de la prueba procesal, acorde a la cual más que antecedentes empíricos lo que interesan son las herramientas persuasivas empleadas por los litigantes para convencer al tribunal sobre sus respectivas versiones acerca de los hechos. Esta visión exige ciertas aclaraciones, puesto que de seguir sus lineamientos sería posible que en un proceso civil se establezcan hechos únicamente a partir de la retórica de los litigantes, aun cuando no existan antecedentes concretos que respalden la decisión del juez. Comenzaremos por señalar qué entendemos por fuentes y medios de prueba en sus respectivas calidades de datos empíricos de la prueba judicial.

4.2. LAS FUENTES Y LOS MEDIOS SON ELEMENTOS DE LA REALIDAD SENSIBLE

a) *Elementos que permiten el conocimiento de los hechos*

Para los fines de nuestro trabajo, partimos de la base que el ser humano toma contacto con los hechos a través de sus sentidos⁴⁵. Asumiendo que las personas se valen de sus percepciones para acceder a los acontecimientos que las rodean⁴⁶, consideramos que los hechos constituyen eventos que acaecen en la realidad, que pueden ser captados por medio del conocimiento sensible⁴⁷.

Así ocurre con los diversos tipos de hechos de relevancia para el Derecho⁴⁸. Es lo que pasa, en efecto, con los asuntos externos a los individuos, como la inundación de un camino o la celebración de un acuerdo formal entre dos sujetos; con las cuestiones ocurridas en el fuero interno de las personas, como las intenciones de las partes al celebrar un contrato; con los eventos del presente, vale decir, los que ocurren en estos momentos delante de la persona que los percibe, como esa inundación que se está produciendo justo frente a un individuo; en fin, con los sucesos que ya acontecieron en el pasado y que han dejado huellas en el presente a través de las cuales se puede llegar a los mismos, como ese contrato acordado por dos individuos años atrás y que ha quedado registrado en una escritura pública⁴⁹.

misma autora, “La fundamentación de la declaración de hechos probados en el nuevo proceso penal. Un diagnóstico”, en *Revista de Derecho*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, Santiago, vol. XIX N°2, 2006, p. 22.

⁴⁴ Cfr. CARNELUTTI, FRANCESCO, *Sistema de Derecho procesal civil*, trad. N. Alcalá-Zamora y Castillo, y S. Sentís Melendo, Uteha, Buenos Aires, 1944, vol. II, n°280, p. 398.

⁴⁵ Así BENTHAM, J., *Tratado de la prueba judicial...*, cit., vol I, p. 26.

⁴⁶ Para aproximarse al complejo tema del conocimiento sensible, puede verse LLANO, ALEJANDRO, *Gnoseología*, Eunsa, reimpresión 6^a edic., Pamplona, 2007, pp. 71-91; CORAZÓN GONZÁLEZ, RAFAEL, *Filosofía del conocimiento*, Eunsa, Pamplona, 2002, pp. 63-72.

⁴⁷ Sobre las difíciles cuestiones que presenta la noción de hecho en el campo de la prueba jurídica, destacamos TARUFFO, M., *La prueba...*, cit., pp. 89-165; GASCÓN, M., *Los hechos...*, cit., pp. 73-82.

⁴⁸ Una perspectiva escéptica acerca de los hechos, en FRANK, JEROME, *Derecho e incertidumbre*, trad. C. Bidegain, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1968, *passim*.

⁴⁹ Subrayando puntos como los señalados, SPINELLI, MICHELE, “Fundamento y extensión de las pruebas civiles”, en *Las pruebas civiles*, trad. T. Banzhaf, Ejea, Buenos Aires, 1973, pp. 4-24.

Sobre el particular, destacamos lo expuesto por nuestra jurisprudencia en cuanto al carácter de los hechos que integran la controversia judicial, los que han sido calificados como “algo meramente objetivo”; como aquello “que se ha ejecutado”; como “lo que ocurre, acontece o sucede”⁵⁰.

b) Elementos de la realidad sensible. Hechos externos, internos, presentes y pasados

Ahora bien, en todas estas hipótesis siempre son necesarios elementos concretos sobre los cuales actúan los sentidos y que permiten acceder a los sucesos.

Así ocurre con los hechos externos y los internos, los que únicamente pueden constatarse a través de factores perceptibles. Los primeros se presentan por intermedio de eventos producidos en el mundo real, como por ejemplo los rastros dejados por una inundación. Algo similar pasa con los hechos internos, ya que estimamos que el conocimiento de éstos se puede obtener a través de antecedentes formales; como sostuvo BENTHAM, los hechos psicológicos, que se hallan ocultos en el interior del hombre, únicamente pueden probarse por “hechos físicos”⁵¹; un ejemplo lo podemos encontrar en el art. 1564 inc. 3º CC, que establece una regla de hermenéutica de los contratos conforme a la cual la intención de las partes puede determinarse por virtud de la “aplicación práctica” de las cláusulas que hayan hecho los contratantes⁵².

Lo mismo pasa con los sucesos presentes y pasados, que requieren de antecedentes empíricos para tomar contacto con ellos. Los hechos del presente se conocen por la propia experiencia del sujeto cognosciente, quien se enfrenta con ellos y los aprehende en forma inmediata, como ocurre con el contacto directo con las huellas que va dejando una inundación en curso. El conocimiento de los acontecimientos pretéritos, al no poder ser alcanzados por la experiencia sensible actual, requiere de “signos de lo pasado (*pastness*)” que han quedado en el presente y que permite el acceso a ellos⁵³. Un ejemplo lo hallamos en los acuerdos adoptados tiempo atrás por las partes y que actualmente pueden constatarse en las cláusulas consignadas en una escritura pública.

Como cuestión de orden general, podemos decir que el esquema básico de estos elementos no se ha visto alterado por los avances científicos y tecnológicos del último tiempo, los que –por el contrario– han ampliado el elenco de datos empíricos que circulan en la realidad. Así lo vemos con el llamado “documento electrónico”, que no es más que un elemento del mundo sensible que registra hechos, caracterizado no por estar ausente de este mundo sino por estar incorporado a él a través de una serie de impulsos eléctricos y de otra índole que permiten almacenar y transmitir información

⁵⁰ CS 22 junio 1966, *RDJ* t. 63, sec. 1^a, p. 209.

⁵¹ Cfr. BENTHAM, J., *Tratado de la prueba judicial...*, cit., vol I, p. 27; en términos análogos GASCÓN ABELLÁN, M., *Los hechos...*, cit., pp. 78-82; en contra TARUFFO, quien estima que los hechos internos no pueden ser directamente verificables de un modo intersubjetivo, sino sólo establecidos a través de una serie de indicios que los “sustituyen” (cfr. TARUFFO, M., *La prueba...*, cit., pp. 159-165).

⁵² Sobre ésta y otras reglas de interpretación relativas a los “elementos extrínsecos” del contrato, LÓPEZ SANTA MARÍA, JORGE, *Los contratos. Parte general*, Editorial Jurídica de Chile, 4^a edic., Santiago, 2005, t. II, n° 74, pp. 450-457, con comentarios sobre la prueba de tales elementos extrínsecos o “circunstancias de la especie” (ibídem, pp. 450-453).

⁵³ Cfr. FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trads. P. Andrés Ibáñez y otros, Trotta, 3^a edic., Madrid, 1998, p. 52.

sobre un sinnúmero de sucesos⁵⁴. Ahora, si bien es cierto que la información de los documentos electrónicos es de más difícil percepción humana, pues requiere de la ayuda de aparatos y programas computacionales idóneos para la lectura de los datos, no por ello pierden su condición de materiales existentes en la realidad de las cosas que se encuentran al alcance de los sentidos de las personas⁵⁵.

c) *Fuentes y medios de prueba*

Los elementos a los que hemos aludido han sido tratados de distinta forma entre los autores.

Algunos los han caracterizado como la “manifestación formal” de la prueba judicial⁵⁶; otros los han llamado “rastros”, “huellas”, “vestigios” o “datos” en los que se basa la prueba⁵⁷; hay quienes los individualizan como “registros”⁵⁸, “hechos probatorios”⁵⁹ o “instrumentos” de la prueba procesal⁶⁰; en fin, parte de la doctrina simplemente alude a las “piezas” relevantes para el conocimiento de los hechos⁶¹.

Nosotros los denominaremos fuentes de prueba y medios de prueba, partiendo de la base que desde la óptica del juicio jurisdiccional es posible situar estos antecedentes en dos planos de la realidad sensible. Uno corresponde al escenario previo y ajeno al proceso, al que aludiremos con la ya referida expresión fuentes de prueba, en tanto que otro pertenece de lleno al campo judicial y dice relación con lo que ocurre al interior de un proceso, lo que trataremos con la terminología medios de prueba.

4.3. LAS FUENTES DE PRUEBA SON PERSONAS Y COSAS QUE SE ENCUENTRAN EN LA REALIDAD SENSIBLE PREVIA Y AJENA AL JUICIO

a) *En qué consisten las fuentes de prueba*

⁵⁴ Para una aproximación al concepto legal y teórico de documento electrónico, destacamos en este lugar a PINOCHET OLAVE, RUPERTO, “El documento electrónico y la prueba literal”, en *Revista Ius et Praxis*, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2002, año 8, N° 2, pp. 378-393; FERNÁNDEZ ACEVEDO, FERNANDO, “El documento electrónico en el Derecho civil chileno. Análisis de la Ley 19.799”, en *Revista Ius et Praxis*, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2004, año 10, N° 2, pp. 139-149; IJENA LEIVA, RENATO, *Comercio electrónico, firma digital y Derecho. Análisis de la Ley N°19.799*, Editorial Jurídica de Chile, 2^a edic., Santiago, 2005, pp. 165-193.

⁵⁵ Por traspasar los límites de este trabajo, únicamente advertiremos que uno de los tópicos desarrollados por la doctrina actual en esta materia, es precisamente el de la percepción e inteligencia de los datos incorporados a documentos electrónicos y, en general, a registros audiovisuales. Para una referencia, SANCHÍS CRESPO, CAROLINA, y CHAVELI DONET, EDUARD A., *La prueba por medios audiovisuales e instrumentos de archivo en la LEC 1/2000 (Doctrina, jurisprudencia y formularios)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, *passim*, en especial pp. 51-97.

⁵⁶ Cfr. DEVIS ECHANDÍA, H., ob. cit., t. I, p. 19.

⁵⁷ Cfr. DELLEPIANE, ANTONIO, *Nueva teoría de la prueba*, Temis, 9^a edic., Bogotá, 1989, pp. 19, 20 y 47.

⁵⁸ FALCÓN, E., ob. cit., t. 1, p. 616.

⁵⁹ Véase, por ejemplo, FERRAJOLI, L., ob. cit., p. 138.

⁶⁰ Cfr., entre otros, SERRA DOMÍNGUEZ, MANUEL, “Contribución al estudio de la prueba”, en *Estudios de Derecho procesal*, Bosch, Barcelona, 1969 p. 360; MUÑOZ SABATÉ, LUIS, *Técnica probatoria (Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso)*, Editorial Praxis, Barcelona, 1967, pp. 73, 135-141; en cierto sentido, DE SANTO, V., ob. cit., p. 92.

⁶¹ Cfr. PAILLÁS PEÑA, ENRIQUE, *Estudios de Derecho probatorio*, Editorial Jurídica de Chile, 2^a edic., Santiago, 2002, p. 15.

En la lengua española, la locución “fuente” es definida -en una de sus acepciones- como “principio, fundamento u origen de algo” y, también, como “material que sirve de información a un investigador o de inspiración a un autor”⁶². En su etimología (del latín “*fontem*”, “*fons*”), designa aquello que constituye un “punto de origen” desde donde fluye o mana algo⁶³.

En este sentido, podemos decir que las fuentes de prueba son el principio, fundamento o punto de origen de la información sobre hechos⁶⁴. Ellas, además, se sitúan fuera del juicio y con anterioridad a él⁶⁵; emergen y se forman extraprocesalmente⁶⁶; están compuestas por personas y cosas⁶⁷.

Este aspecto fue especialmente destacado por BENTHAM, para quien las “fuentes de las pruebas” (“*sources of the evidence*”) constituían el lugar desde donde emanaban los “hechos probatorios” (“*evidentiary facts*”)⁶⁸. Señala, en efecto, que prueba es un hecho supuestamente verdadero (el “hecho probatorio”) que “se presume debe servir de motivo de credibilidad sobre la existencia o inexistencia de otro hecho” (el hecho materia de la prueba); puntualiza, enseguida, que la prueba consiste ante todo en “un *medio* que se utiliza para establecer la verdad de un hecho”; añade que “los medios probatorios se diferencian unos de otros lo bastante como para formar clases o modalidades que pueden recibir designaciones particulares”; e incluye como primera gran clasificación la siguiente: “según la fuente de la prueba provenga de las *personas* o de las *cosas*: *prueba personal, prueba real*”, la que explica en estos términos: “la prueba personal es aquella que está suministrada por un ser humano y comúnmente se llama testimonio”, en tanto que “la prueba real es aquella que se deduce del estado de las cosas”⁶⁹.

En este mismo orden de ideas, el precitado autor sostiene que uno de los temas de importancia en el rubro de la fuerza probatoria, es el de la calidad de la fuente (“*source*”) de la cual emana la prueba (“*the evidence*”) y la información (“*the information*”) sobre hechos⁷⁰.

Mirando este asunto en dirección al proceso, podemos decir que es justamente esa información (“*information*”) la que interesa para los fines de la prueba judicial, pues constituye el dato concreto con el cual puede practicarse la comprobación de las hipótesis fácticas planteadas en un conflicto⁷¹.

⁶² REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, Espasa Calpe, 22^a edic., Madrid, 2001, p. 1095, acepciones 8^a y 10^a del vocablo “fuente”.

⁶³ La etimología de la palabra “fuente”, indica lo siguiente: “Manantial, agua que brota de la tierra; punto de origen; plato grande que se usa para servir alimentos: latín *fontem*, acusativo de *fons* (radical *font-*) fuente, manantial, del indo-europeo *dhon-t-* fuente, de *dhon-*, de *dhen-*, fluir, manar” (GÓMEZ DE SILVA, GUIDO, *Breve diccionario etimológico de la lengua española*, Fondo de Cultura Económica, 2^a edic., Ciudad de México, 2006, p. 313).

⁶⁴ Mencionando una idea similar, CABAÑAS GARCÍA, JUAN CARLOS, *La valoración de las pruebas y su control en el proceso civil. Estudio dogmático y jurisprudencial*, Trivium, Madrid, 1992, pp. 22-25.

⁶⁵ Cfr. por todos, SENTÍS MELENDO, S., ob. cit., pp. 141-172.

⁶⁶ Sobre el tema de la “formación de la prueba”, TARUFFO, M., *La prueba...*, cit., pp. 378-387.

⁶⁷ De momento, citamos en este sentido a SPINELLI, M., ob. cit., pp. 26, 35 y 52.

⁶⁸ Cfr. BENTHAM, J., *An introductory view of the rationale of evidence...*, cit., p. 14; del mismo autor, *Rationale of Judicial Evidence...*, cit., vol. VI, p. 218.

⁶⁹ Cfr. BENTHAM, J., *Tratado de las pruebas judiciales*, cit., pp. 21, 29 y 30, cursivas del texto citado; del mismo autor, *Rationale of Judicial Evidence...*, cit., p. 218.

⁷⁰ Cfr. BENTHAM, J., *An introductory view of the rationale of evidence...*, cit., p. 14.

⁷¹ Destacando la importancia de la “*information*”, TWINING, W., “*Rethinking evidence...*”, cit., pp. 253 y 254.

b) Categorías de fuentes de prueba: personas y cosas

Las fuentes de prueba pueden consistir en personas y en cosas, tal como lo expone BENTHAM en las citas anteriores. De este modo, tienen calidad de fuente probatoria un sujeto que ha presenciado un accidente automovilístico; una persona que ha concurrido a celebrar un acuerdo con otra; una escritura pública en la que se ha dejado constancia de un contrato; una videogramación de una inundación y, un guante ensangrentado.

En cuanto a esta categorización, no podemos hacernos cargo de las diversas explicaciones existentes sobre las tipologías de fuentes y las relaciones que pueden existir entre éstas y los medios probatorios en particular, pues ello exige inevitablemente profundizar en cada probanza, lo que excede los límites de este trabajo⁷².

Lo que está a nuestro alcance es dar una mirada amplia del asunto y decir que la información sobre hechos puede tener su origen en las personas con sus conocimientos y en las cosas con sus registros de sucesos. Ahí están, por tanto, los dos grandes grupos de fuentes desde las cuales brotan las noticias concretas sobre los acontecimientos. Independientemente del nombre que se les asigne a estos antecedentes (vgr. “testimonio”, “documento” e “indicio”⁷³; o “persona”, “documento” y “cosa”⁷⁴; o “testimonios”, “cosas” y “documentos”⁷⁵; o simplemente “testimonios” y “documentos”⁷⁶), inevitablemente siempre estaremos hablando de seres humanos y objetos del mundo exterior⁷⁷.

c) Carácter extrajudicial de las fuentes de prueba

En nuestra opinión, lo que distingue las fuentes de los medios, es su ubicación previa y ajena al proceso judicial. Contrariamente a lo que sostienen muchos, no pensamos que la fuente probatoria tenga que ser un elemento necesariamente “metajurídico, extrajurídico o a-jurídico”⁷⁸. Discrepamos con la idea precedente, pues nos parece que lo verdaderamente distintivo de las fuentes es su ubicación anterior y extraña al proceso, pero no el carácter extrajurídico o incluso a-jurídico, que sólo está presente en algunos casos⁷⁹.

⁷² Un tratamiento general, en SENTÍS MELENDO, S., ob. cit., pp. 151-156; con explicaciones parecidas, MONTERO AROCA, J., ob. cit., pp. 138 y 139; incluyendo elementos como las conductas y las relaciones humanas, DEVIS ECHANDÍA, H., ob. cit., t. I, p. 257.

⁷³ Cfr. CARNELUTTI, F., *La prueba civil...*, cit., pp. 89 ss., y dentro de ello, en especial p. 195.

⁷⁴ Así MUÑOZ SABATÉ, L., ob. cit., p. 138.

⁷⁵ Cfr. TWINING, W., “What is the law of evidence...”, cit., p. 193.

⁷⁶ Véase DENTI, VITTORIO, “Científicidad de la prueba y libre valoración del juez”, en *Estudios de Derecho probatorio*, trads. S. Sentís Melendo y T. Banzhaf, Ejea, Buenos Aires, 1974, pp. 272-277.

⁷⁷ Véase, por ejemplo, CARNELUTTI, F., *Sistema...*, cit., vol. II, n°285, pp. 403-405; similar idea en la obra del mismo autor, *La prueba...*, cit., pp. 110, 118-121, 191-195; en la doctrina chilena, algo en PAILLÁS, E., *Estudios...*, cit., pp. 14-16.

⁷⁸ Cfr. SENTÍS MELENDO, S., ob. cit., p. 151; MONTERO AROCA, J., ob. cit., p. 137. Otros, sin usar el término fuentes de prueba, señalan que las probanzas “toman su valor de la realidad extrajurídica de la cual emergen” (cfr. SPINELLI, M., ob. cit., p. 35).

⁷⁹ No podemos entrar en mayores precisiones, pues éstas exigen analizar la noción de “prueba extrajudicial”; definir “prueba preconstituida”; referirse a la “prueba trasladada”; tratar la “prueba anticipada” y, por último, describir la figura que podría denominarse “prueba validada”. Por exceder con creces el propósito de este trabajo, nos limitamos a consignar que no cabe confundir las fuentes de prueba con las predichas modalidades. Para una referencia general a éstas, TARUFFO, M., *La prueba...*, cit., pp. 378-387. En nuestra doctrina PEÑAILILLO ARÉVALO, D., ob. cit., pp. 37-40;

Sobre dicho punto, estimamos que es indispensable plantear ciertos alcances generales.

Por una parte, es posible que una fuente efectivamente tenga una dimensión paralegal, en la medida que no esté regulada por el Derecho. En el ordenamiento chileno, por ejemplo, las fotografías o las cintas magnetofónicas son fuentes con carácter extra o a-jurídico, pues no hay normas expresas que señalen sus requisitos y efectos legales. Lo propio ocurre con fuentes que aparecen en el mundo externo sin un procedimiento especialmente ideado al efecto, como es el caso del guante ensangrentado al que hemos aludido antes, o las huellas de un zapato en el barro⁸⁰.

Pero, por otro lado, es factible que encontremos fuentes probatorias que presentan base legal, sin que por ello pierdan su condición de tal. Pensemos en el caso de escrituras públicas otorgadas de acuerdo con los arts. 403-414 COT, o documentos con firmas autorizadas ante Notario extendidos de conformidad con los arts. 401 N°10 y 425 COT, o informaciones electrónicas que cumplen con las exigencias del art. 4° de la Ley N°19.799 y que –por tanto- tienen la calidad de documentos públicos electrónicos. Son, por cierto, fuentes de prueba, en la medida que existen en una realidad extraña al proceso, pero no tienen carácter extrajurídico ni mucho menos a-jurídico. Son derechosamente legales, aunque con un procedimiento de formación que se ubica *extra processum*⁸¹.

En suma, nos parece que las fuentes de prueba se distinguen de los medios por su localización previa y ajena al juicio. Aquéllas son, pues, datos empíricos con información fáctica que surgen o se producen de modo extraprocesal, pudiendo tener calidad legal o metalegal.

4.4. LOS MEDIOS DE PRUEBA SON PERSONAS Y COSAS QUE HAY QUE CONTEXTUALIZAR EN LA REALIDAD DEL JUICIO JURISDICCIONAL

a) En qué consisten los medios de prueba

En nuestra lengua, medio es definido como una “cosa que puede servir para un determinado fin”⁸²; a su turno, la expresión “por medio de” tiene asignado el siguiente sentido: “valiéndose de la persona o cosa que se expresa”⁸³; etimológicamente (del latín “*medius*”) significa “método o instrumento para lograr algo”⁸⁴.

Trasladando estos significados a nuestro tema, es dable decir que los medios de prueba son los elementos que sirven para cumplir los fines procesales de la prueba judicial en el marco de un debido proceso legal; son las personas y cosas que poseen información útil sobre hechos, y que la ley

ROMERO SEGUEL, ALEJANDRO, “El valor de la jurisprudencia en materia procesal, a la luz del concepto de leyes reguladoras de la prueba”, en *Revista Chilena de Derecho*, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 2002, vol. 29, N°1, pp. 175-177; PAUL DÍAZ, ÁLVARO, *La prueba anticipada en el proceso civil*, Lexis Nexis, Santiago, 2006, *passim*, en especial pp. 21-40.

⁸⁰ Una referencia a casos como los mencionados, en TARUFFO, M., *La prueba...*, cit., p. 379.

⁸¹ Sobre los “procedimientos extraprocesales” de formación de prueba, TARUFFO, M., *La prueba...*, cit., p. 378.

⁸² REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española...*, cit., p. 1477, acepción 11^a del vocablo “medio”.

⁸³ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española...*, cit., p. 1478, acepción 37^a sobre el sentido de la expresión “por medio de”.

⁸⁴ Cfr. GÓMEZ DE SILVA, G., ob. cit., p. 446, 2^a acepción vocablo “medio”.

considera idóneas para el desarrollo de la actividad de prueba y la producción del resultado probatorio en un juicio; son los datos empíricos que sirven para comprobar las hipótesis fácticas planteadas por las partes en una causa⁸⁵.

Tomando nuevamente las explicaciones de BENTHAM, podemos señalar que los medios probatorios corresponden a la “*evidence*”, que este autor describe como “un medio encaminado a un fin”⁸⁶; como “un *medio* que se utiliza para establecer la verdad de un hecho”⁸⁷; como un artículo del conocimiento humano útil para un determinado curso de acción, a través del cual una persona busca un objetivo particular que ha tenido a la vista⁸⁸.

Siguiendo este razonamiento, tenemos que los medios de prueba se distinguen de las fuentes probatorias, en primer término, por estar ubicados en el marco del proceso judicial, pero además por dirigirse siempre a conseguir un fin dentro del referido escenario. Como señaló BENTHAM, *evidence* “es, en cualquier caso, un medio destinado a un fin”⁸⁹, o como sostuvo SENTÍS MELENDO, mientras la fuente de prueba necesariamente “es *de* algo”, el medio probatorio es “*para* algo”⁹⁰.

b) *Ubicación procesal*

Los medios de prueba se sitúan en el área del proceso. Trátase del conjunto de elementos que se aceptan en una causa para acreditar las afirmaciones de hecho en torno a las cuales debaten las partes ante el tribunal. Consiste, pues, en una figura de contexto judicial; está orientada hacia los fines del proceso jurisdiccional; su utilidad se define en pos de ello y, la regulación jurídica de su idoneidad debe estar inspirada en dicha dirección. De ahí definiciones como las entregadas por nuestra doctrina y jurisprudencia, según las cuales los medios de prueba son los “elementos que en un sistema jurídico se consideran idóneos para producir convicción en el juzgador”⁹¹, o los instrumentos destinados a “proporcionar al juez conocimiento sobre los hechos de que depende el derecho que debe declarar en la sentencia”⁹².

Ahora bien, como se advierte, esta noción se encuentra estrechamente relacionada con la concepción general de prueba judicial, en especial con la opinión que se tenga en cuanto a la finalidad de ésta. Sobre el particular, encontramos dos corrientes fundamentales, que -por lo demás- coinciden con las precitadas definiciones dadas por nuestra doctrina y jurisprudencia. Son las perspectivas cognoscitivistas y argumentativas de la prueba procesal, que respectivamente colocan el acento en la finalidad epistemológica de la prueba y en el objetivo persuasivo de ésta⁹³. Para las primeras, los medios probatorios deben tender a suministrar conocimiento de los hechos, mientras que para las segundas dichos elementos deben enderezarse a entregar antecedentes argumentativos en lo tocante a los hechos de la causa.

⁸⁵ Una explicación similar en CABANAS GARCÍA, J.C., ob. cit., pp. 24 y 25.

⁸⁶ Cfr. BENTHAM, J., *Tratado de la prueba judicial...*, cit., vol I, p. 22.

⁸⁷ Ibídem, p. 30, cursiva del autor.

⁸⁸ Cfr. BENTHAM, J., *Rationale of Judicial Evidence...*, cit., p. 209.

⁸⁹ BENTHAM, J., *Rationale of Judicial Evidence...*, cit., p. 209.

⁹⁰ Cfr. SENTÍS MELENDO, S., ob. cit., p. 171, cursivas del autor.

⁹¹ PEÑAILILLO ARÉVALO, D., ob. cit., p. 27.

⁹² C. Ap. Punta Arenas 5 enero 1990, *RDJ* t. 83, sec. 2^a, p. 8 (considerando 31º).

⁹³ Sin perjuicio de otras referencias que haremos más adelante, por ahora citamos la síntesis que presenta TARUFFO, M., *La prueba...*, cit., pp. 349-357.

Como ya lo hemos indicado, en este trabajo nos adscribimos a una concepción de la prueba judicial que subraya el carácter gnoseológico de ésta y que asigna como finalidad institucional de la misma la obtención de una verdad probable acerca de los hechos debatidos en juicio⁹⁴. Hacemos notar que esta perspectiva es la que en cierta medida impera en nuestra jurisprudencia, cuando se sostiene que “toda la actividad judicial descansa en la veracidad de las pruebas”⁹⁵.

Con todo, nos parece oportuno aludir en este lugar a la postura de TWINING en lo concerniente al concepto de *evidence*, que para nuestro análisis equiparamos al término medios de prueba. Señala que aquélla constituye una materia multidisciplinaria referida al “razonamiento inferencial”; que es una “palabra de relación” usada en un “contexto de argumentación” y, en lo modular, que el operador jurídico puede realizar inferencias de la *evidence* “con el fin de probar o refutar una hipótesis o *probandum* u otra proposición que forma parte de un argumento”⁹⁶. Estas ideas nos indican que el aspecto argumentativo no es del todo indiferente a los medios probatorios.

Valiéndonos de las explicaciones precedentes, podemos decir que los medios de prueba constituyen datos empíricos que poseen información relevante sobre los hechos de la *litis* y que, al mismo tiempo, se sitúan en un escenario de argumentación procesal de las partes y de justificación del tribunal en cuanto a la determinación de la cuestión fáctica. En otras palabras, los medios probatorios se definen en primer término por sus cualidades cognoscitivas, de las cuales las partes pueden hacer uso para convencer al juez, y éste puede emplear para fundar su fallo. Sobre estas ideas volveremos al final del trabajo.

c) *Medios de prueba personales y reales. “Témoins passent lettres” y “lettres passent témoins”*

En una aproximación general, nos parece que existen dos primordiales categorías de medios, que a su vez provienen de las grandes modalidades de fuentes probatorias⁹⁷. Encontramos así, los medios de prueba personales, cuyas fuentes de pruebas son las personas con sus conocimientos sobre hechos, y los medios probatorios reales, emanados de las fuentes consistentes en objetos del mundo exterior que registran información de acontecimientos⁹⁸.

⁹⁴ Se trata de la llamada concepción “racionalista” o “cognoscitivista” de la prueba judicial, sobre la cual destacamos, FERRER BELTRÁN, J., *La valoración racional...*, cit., pp. 29-66, y GASCÓN ABELLÁN, M., *Los hechos...*, cit., pp. 47-123. Mayores explicaciones en *infra* N°6.1.

⁹⁵ Cfr. CS 18 julio 1958, *RDJ* t. 55, sec. 4^a, p. 129.

⁹⁶ Cfr. TWINING, W., “Evidence as a multi-disciplinary subject...”, cit., p. 441; calificando la *evidence* como una “palabra de relación”, BENTHAM, J., *Rationale of Judicial Evidence...*, cit., p. 208; ubicando la *evidence* en el marco de los argumentos judiciales, ANDERSON, TERENCE; SCHUM, DAVID y TWINING, WILLIAM, *Analysis of Evidence*, Cambridge University Press, 2^a edic., Cambridge, 2005, p. 60.

⁹⁷ Sobre los medios de prueba en particular, puede consultarse entre la nutrida literatura existente, en nuestra doctrina, PAILLÁS, E, *Estudios...*, cit., pp. 37 ss.; en la doctrina latinoamericana, DEVIS ECHANDÍA, H., ob. cit., t. I, pp. 539-738; del mismo autor, *Teoría general de la prueba judicial*, Temis, 5^a edic., Bogotá, 2002, *passim*; con especial tratamiento de la legislación argentina, KIELMANOVICH, JORGE L., *Teoría de la prueba y medios probatorios*, Rubinzel-Culzoni, 3^a edic., Buenos Aires, 2004, pp. 187 ss.; con una aproximación amplia al tema, SERRA DOMÍNGUEZ, M., ob. cit., pp. 360-364.

⁹⁸ El planteamiento central lo tomamos de BENTHAM, J., *Tratado de las prueba judiciales...*, cit., vol. I, p. 30.

No está demás advertir que con este par de tipologías sólo buscamos entregar un cuadro amplio de medios de prueba. No se trata, por lo tanto, de dar otra clasificación más de la prueba procesal⁹⁹, sino -ante todo- de hacer una descripción de los datos empíricos que pueden ser empleados en una causa¹⁰⁰.

Es pertinente señalar, además, que en este rubro nos estamos ajustando a las categorizaciones más destacadas por algunas teorías contemporáneas, como puede verse en las distinciones formuladas por ANDERSON, SCHUM y TWINING, en torno a la presencia de dos formas de “*evidence*” importantes para las disputas legales: una es la que ellos llaman “*tangible evidence*” (prueba tangible), y otra es la “*testimonial evidence*” (prueba testimonial)¹⁰¹. *Mutatis mutandis*, este planteamiento lo podemos vincular, respectivamente, con lo que hemos denominado medios de prueba reales y medios probatorios personales.

Otro antecedente de interés para este análisis lo entrega la historia de la regulación jurídica de la prueba, en la que presenciamos dos tendencias generales directamente vinculadas con estas categorías. La primera de ellas apareció en el Derecho europeo medieval bajo la fórmula “*témoins passent lettres*”, que establecía la prevalencia jurídica de la prueba testimonial (personal) sobre la escrita (real). La segunda, sustitutiva de la anterior, predicaba la solución contraria por virtud de la regla “*lettres passent témoins*”, conforme con la cual el sistema reconoce mayor importancia a la prueba escrita (real) por encima de la testifical (personal)¹⁰². Observadas estas opciones jurídicas en forma amplia, lo que aparece es un tratamiento de los medios probatorios bajo la bipartición que comentamos: personas, por un lado, y cosas, por otro.

d) Legislación chilena

En lo que atañe a nuestra legislación, siguiendo la enunciación del art. 341 CPC, podemos llamar medios de prueba personales a los “testigos”, la “confesión de parte” y el “informe de peritos”, pues en todos ellos hallamos personas (terceros, partes y expertos) con conocimientos sobre los hechos discutidos en un proceso civil.

A su vez, cabe denominar medios de prueba reales a los “instrumentos” y los indicios tangibles que pueden conducir a “presunciones judiciales”, como quiera que *–latu sensu–* en ambos casos la información fáctica emerge de objetos¹⁰³.

⁹⁹ Para una referencia a las clasificaciones de los medios de prueba, DEVIS ECHANDÍA, H., ob. cit., t. I, pp. 532 y 533; en nuestra doctrina, un tratamiento completo en PEÑAILILLO ARÉVALO, D., ob. cit., pp. 30-40.

¹⁰⁰ Sobre la metodología descriptiva del fenómeno probatorio, TARUFFO, M., *La prueba...*, cit., pp. 439-441.

¹⁰¹ Cfr. ANDERSON, T., SCHUM, D. y TWINING, W., ob. cit., pp. 63 y 64.

¹⁰² Explicaciones de estas opciones en BONNIER, EDUARDO, *Tratado teórico y práctico de las pruebas en Derecho civil y en Derecho penal*, trad. J. Vicente y Caravantes, Reus, 4^a edic., 1913, t. 1, pp. 206 ss.; LÉVY-BRUHL, HENRI, *La preuve judiciaire. Etude de sociologie juridique*, Editions Marcel Rivière et Cie, Paris, 1963, pp. 110-147; RAZNOVICH, L., ob. cit., 79-160, con textos ahí citados; TARUFFO, M., *La prueba...*, cit., pp. 375 y 376, con bibliografía ahí citada.

¹⁰³ No obstante los términos amplios de los arts. 341 y 426 CPC y de los arts. 1698 inc. 2^o y 1712 CC, preferimos excluir de este esbozo a las presunciones legales, pues consideramos que no constituyen medios probatorios, al faltar en ellas el aspecto empírico al que hemos aludido durante el trabajo. En rigor, estas presunciones son “substitutos” de prueba que imponen normativamente conclusiones sobre situaciones de hecho. Sobre lo último, sin ánimo exhaustivo, destacamos: WRÓBLEWSKI, JERZY, “Structure et fonctions des présomptions juridiques”, en AA. VV., *Les presomptions et les fictions en Droit*, coord. Ch. Perelman y F. Foriers, Établissements Émile Bruylants, Bruxelles, 1974, pp. 43-71; COUTURE, EDUARDO J., “La cosa juzgada como presunción legal”, en *RDJ*, t. 52, 1955, pp. 18-37, en especial pp. 24-26; GASCÓN ABELLÁN, M., *Los hechos...*, cit., pp. 139-151; SENTÍS MELENDO, S., ob. cit., pp. 129-131; RAZNOVICH,

En la “inspección personal del tribunal” se combinan elementos personales y reales: el principal factor está dado por la persona del juez y los conocimientos de hechos que él obtiene por esta vía, a los cuales se suman los sujetos, las cosas y los sucesos que son objeto de examen por el órgano judicial, de los que el magistrado puede obtener informaciones relevantes sobre la *quaestio facti*.

En gran medida, este análisis se encuentra presente en la definición de prueba judicial que ha dado nuestra jurisprudencia, acorde a la cual los medios probatorios pueden ser directos o por percepción inmediata del juez (inspección personal del tribunal), o indirectos o por representaciones que proporcionan las “cosas (documentos)” y el “relato de personas” proveniente de “las mismas partes del juicio” (prueba confesional) o “de terceros” (prueba testifical y pericial)¹⁰⁴.

4.5. RELACIÓN ENTRE FUENTES Y MEDIOS: RELEVANCIA Y ADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA JUDICIAL

Sin perjuicio de volver sobre el punto en los siguientes acápitres, cabe decir que las nociones que hemos tratado hasta ahora pueden relacionarse a partir de los conceptos de “relevancia” y “admisibilidad” de la prueba judicial.

Efectivamente, pensamos que en el tema de los datos empíricos de la prueba, el problema consiste en precisar la conexión que se produce entre las fuentes y los medios, lo que implica plantearse la interrogante acerca de cuáles fuentes pueden ser incorporadas a un proceso civil como medios de prueba relevantes y jurídicamente admisibles. En nuestra opinión, el asunto debe resolverse considerando los antecedentes probatorios desde afuera hacia adentro, vale decir, desde la realidad sensible hacia el escenario jurídico-procesal.

Conforme a ello, estimamos que merece considerarse válido el principio según el cual cualquier fuente de prueba debe ser aceptada en un proceso, en la medida que sea relevante y que no se encuentre excluida o condicionada por normas legales expresas; o dicho de otra forma, el sistema de enjuiciamiento debe considerar como medios de prueba a todos los elementos que se basen en fuentes probatorias relevantes y que no estén puntualmente excluidas o condicionadas por la ley¹⁰⁵.

En forma sintética, por el momento señalaremos que la relevancia de los medios probatorios se determina en atención a la utilidad de la información que contienen las fuentes de prueba y que, por su parte, la admisibilidad de aquéllos se establece en consideración a la idoneidad jurídico-procesal

L., ob. cit., pp. 331-335. En contra, sosteniendo el carácter de medio de prueba, en nuestra doctrina: PASCAL GARCÍA-HUIDOBRO, ENRIQUE, *De las presunciones*, Memoria de prueba, Universidad de Chile, s/l, s/f (informada en el año 1942), en especial pp. 221-225; SILVA CANCINO, MAURICIO, *Las presunciones judiciales y legales*, Conosur, 2^a edic., Santiago, 1995, pp. 86-110. Tampoco abordaremos la problemática de la naturaleza de las presunciones judiciales, las que en nuestra opinión deben instalarse en el plano del razonamiento judicial y no en el de los medios probatorios (cfr. por todos, COUTURE, E., “La cosa juzgada...”, cit., pp. 29-32).

¹⁰⁴ C. Ap. Punta Arenas 5 enero 1990, *RDJ* t. 83, sec. 2^a, p. 8 (considerando 31°). En cuanto a la preferencia de medios probatorios, la máxima “témoins passent lettres” y la regla “lettres passent témonis”, véase CLARO SOLAR, LUIS, *Explicaciones de Derecho civil chileno y comparado*, Editorial Jurídica de Chile, reimpresión, Santiago, 1992, vol. VI, t. XII, n° 2100, pp. 733-735.

¹⁰⁵ Sobre este principio, destacamos a TARUFFO, M., *La prueba...*, cit., pp. 377 y 378.

de la misma información. Vale decir, lo primero que se necesita es el cumplimiento de una exigencia lógica y epistemológica (la relevancia), según la cual pueden ingresar a un juicio aquellos datos empíricos que presenten alguna utilidad para la prueba de los hechos, para luego de ello examinar el segundo requisito (la admisibilidad), que es una cuestión de índole legal referida a la definición que hace la ley del material probatorio que puede ser aportado a una causa con tal objetivo¹⁰⁶.

Por la ligazón que tienen estos conceptos con los próximos temas, postergaremos algunas precisiones para más adelante.

5. FUENTES, MEDIOS, ACTIVIDAD Y RESULTADO DE LA PRUEBA JUDICIAL

5.1. LAS FUENTES Y LOS MEDIOS SON EL SOPORTE DE LA PRUEBA JUDICIAL

Lo primero que es necesario enfatizar es que tanto fuentes como medios conforman el plexo de datos empíricos en los que se sustenta la prueba judicial. De ahí que los hayamos incluido en una misma perspectiva, diferenciándolos de las otras dos facetas: la actividad y el resultado.

Como hemos dicho varias veces, lo que los distingue entre sí es el nivel de la realidad sensible donde están ubicados: *extra processum* para las fuentes e *intra processum* para los medios. Como cada ámbito presenta diferencias, particularmente con motivo de las limitaciones jurídico-procesales que impone la ley a la prueba, es posible detectar otras tantas cuestiones que identifican a cada figura. Pero fuera de ello, el concepto esencial se mantiene: ambos son los materiales de la prueba judicial. Por lo mismo, no nos parecen correctas las explicaciones doctrinarias que califican al medio probatorio como una actividad probatoria, ni tampoco la teoría que lo asocia con el resultado de la prueba procesal.

5.2. LOS MEDIOS NO CONSTITUYEN ACTIVIDAD PROBATORIA

a) *Distinción conceptual*

Continuando con lo último, es importante clarificar una imprecisión conceptual que se produce en torno a los medios de prueba, derivada en buena parte de su mezcla con la actividad de prueba y con el procedimiento probatorio.

Efectivamente, en las doctrinas que citamos más arriba (*supra* N°3.2.) se vincula a los medios probatorios con la actividad que tiene lugar en el juicio: los medios son descritos como los actos por los cuales se incorporan las fuentes al proceso. MONTERO AROCA lo expone de este modo: “el medio de prueba es así esencialmente actividad, actuación procesal por la que una fuente se introduce en el proceso”¹⁰⁷. Empero, en nuestra opinión los medios no pertenecen a la categoría de los actos procesales¹⁰⁸. Su naturaleza de dato empírico no cambia por el hecho de allegarse a una causa; sólo

¹⁰⁶ Cfr. por todos, TARUFFO, M., *La prueba...*, cit., pp. 364-378, con toda la bibliografía ahí citada.

¹⁰⁷ MONTERO AROCA, J., ob. cit., p. 138.

¹⁰⁸ Reclamando la confusión entre medios de prueba, actividad y procedimiento, DEVIS ECHANDÍA, H., ob. cit., t. I., pp. 255-261; también QUEVEDO MENDOZA, EFRAÍN, “Medios y fuentes de prueba”, en AA.VV, *La prueba. Libro en memoria del profesor Santiago Sentís Melendo*, coord. A. M. Morello, Librería Editora Platense, La Plata, 1996, pp. 107-128.

varía su contexto; el ingreso de un medio probatorio a un juicio no provoca que la cuestión referida al “con qué” se prueba pase a transformarse en un tópico concerniente al “cómo” se prueba.

La actividad de prueba es, pues, una entidad distinta de los medios. Aquella pertenece a la perspectiva dinámica del fenómeno probatorio. En concreto, es la prueba judicial en movimiento, que desde el punto de vista técnico-procesal se encuentra sometida al procedimiento probatorio, el que designa el orden con arreglo al cual deben desarrollarse los diversos actos referidos a la acreditación de hechos¹⁰⁹. Más concretamente, como lo ha señalado DEVIS ECHANDÍA, los procedimientos probatorios están referidos a la totalidad de las “actividades procesales” relacionadas con la prueba, comprendiendo cada una de sus etapas o fases, que van desde la investigación de las evidencias; el aseguramiento, proposición y presentación de los medios; su admisión y ordenamiento y, por último, la recepción y práctica de los mismos¹¹⁰.

Como vemos, ninguno de estos rubros define lo que es un medio probatorio.

b) Algunas concreciones prácticas. Referencia a las “leyes reguladoras de la prueba”

De esta manera, cuando una parte de la doctrina señala, por ejemplo, que en la prueba documental la fuente es “el documento” y el medio es “la actividad establecida legalmente” para la aportación del documento¹¹¹, se están cruzando dos dimensiones de la prueba judicial. Un aspecto es el documento como dato empírico, y otro es el procedimiento al que debe sujetarse toda la actividad necesaria para la aportación de este elemento a los autos. En estricto sentido, en el caso de la prueba documental el medio probatorio no puede ser la actividad de aportación, ni el procedimiento que regula tal actividad, sino aquella categoría de objeto que el sistema procesal admite como material probatorio útil e idóneo.

Sobre lo mismo, cabe anotar que esta relación con el nivel procedimental llega al punto de incluir dentro de la noción de medio de prueba incluso el tema de las objeciones de los documentos. Sin ir más lejos, es lo que concluye MONTERO AROCA: “Esta actividad puede ser más o menos compleja, pues cabe que consista simplemente en presentar el documento con la demanda o la contestación, pero también es posible que, si la parte contraria impugna la autenticidad del documento, se tenga que proceder a establecer la autenticidad del mismo por toda una serie de actos que son los que integran el medio”¹¹². Esto implica que en el proceso civil chileno, todo lo relativo al procedimiento incidental de objeciones documentales (art. 355 CPC) quedaría comprendido dentro del concepto de medio probatorio, lo que nos podría llevar a la extraña situación de tener que admitir un recurso de casación en el fondo por infracción de dicho procedimiento, ya que deberíamos concluir que la referida norma constituye una “ley reguladora de la prueba”.

Algo similar puede decirse de la prueba testimonial, por mencionar ahora un ejemplo de prueba personal. Con respecto a ella, efectivamente, la doctrina precitada ha sostenido que la fuente se compone del “testigo y su conocimiento”, y el medio se integra por “el testimonio”, es decir, “su

¹⁰⁹ Para una noción general de procedimiento judicial, COUTURE, E., *Fundamentos...*, cit., pp. 122, 201, 202.

¹¹⁰ DEVIS ECHANDÍA, H., ob. cit., t. I, p. 261.

¹¹¹ Cfr. MONTERO AROCA, J., ob. cit., p. 138; en similar sentido, SENTÍS MELENDO, S., ob. cit., p. 153.

¹¹² MONTERO AROCA, J., ob. cit., p. 138.

declaración en el proceso según una actividad determinada por la ley”¹¹³. Otra vez se mezcla el medio con el procedimiento de prueba, lo que en un sistema como el nuestro debería llevar al extremo de incluir dentro del medio de prueba testimonial todo lo concerniente al procedimiento de tachas (arts. 373-379 CPC), con la misma extraña situación antes mencionada en cuanto a tener que aceptar la procedencia del recurso de casación en el fondo por infracción de tal procedimiento, cuyas disposiciones tendrían que calificarse como “leyes reguladoras de la prueba”.

El problema es que conclusiones como las predichas se apartan de raíz de una reiterada jurisprudencia en torno al concepto de “leyes reguladoras de la prueba”¹¹⁴. De modo uniforme, la Corte Suprema ha sostenido que se infringe este tipo de leyes básicamente en alguno de los siguientes cuatro casos: primero, cuando se altera la carga de la prueba distribuida por la ley; segundo, cuando se rechaza un medio probatorio que la ley acepta; tercero, cuando se acepta un medio que la ley rechaza y, por último, cuando se desconoce el valor probatorio que una norma legal ha establecido para un medio determinado¹¹⁵. A partir de esta jurisprudencia, nuestros autores han concluido que quedan fuera del control por la vía del recurso de casación en el fondo todos aquellos preceptos referidos a la “forma” de producir las probanzas, los que sólo atañen al procedimiento y, por tanto, carecen de proyección sobre el campo del juzgamiento¹¹⁶.

Pues bien, tanto el art. 355 CPC en materia de objeción de documentos, como los arts. 373-379 CPC en el rubro del procedimiento de tachas para las testificales, su ubican dentro de las normas legales referidas a la forma de rendir las pruebas (lo que está asociado con el tópico del “cómo” se produce la prueba), sin ajustarse a ninguno de los casos de infracción de las leyes reguladoras (en especial, los atinentes a la cuestión acerca de “con qué” se prueba), todo lo cual hace inviable las teorías que estamos analizando.

5.3. LOS MEDIOS NO CONSTITUYEN RESULTADO PROBATORIO

a) *Doctrina de CARNELUTTI*

Otra confusión la hallamos en la teoría de CARNELUTTI, en la que se define al medio de prueba como “la actividad del juez mediante la cual busca la verdad del hecho a probar”¹¹⁷.

Es pertinente señalar que éste es uno de los autores en los que se inspira la distinción a la que nos estamos refiriendo, al tratarse de uno de los primeros en plantear en profundidad la disección de estos dos órdenes, dentro de lo que él llamó prueba indirecta¹¹⁸. En este mismo orden de ideas, hay que consignar que tales opiniones dogmáticas también han sido recibidas en nuestro medio, como

¹¹³ MONTERO AROCA, J., ob. cit., p. 138; en similar sentido, SENTÍS MELENDO, S., ob. cit., p. 153.

¹¹⁴ Sobre esta figura y su relación con otras nociones de la prueba procesal, ROMERO SEGUEL, A., ob. cit., pp. 173-181.

¹¹⁵ Cfr., por ejemplo, CS 27 abril 2006, *RDJ* t. 103, sec. 1^a, pp. 117-125.

¹¹⁶ Así, PEÑAILILLO ARÉVALO, D., ob. cit., pp. 9-11. Refiriéndose en términos expresos a la proyección de las leyes reguladoras de la prueba en el ámbito del juzgamiento, CS 4 enero 2001, *RDJ* t. 98, sec. 1^a, pp. 15-19.

¹¹⁷ Cfr. CARNELUTTI, F., *La prueba civil...*, cit., p. 70. No nos haremos cargo de la evolución de las ideas de CARNELUTTI en torno al significado de estos términos, limitándonos a señalar que con posterioridad al precitado libro el autor prácticamente identificó ambas nociones (cfr. CARNELUTTI, F., *Sistema...*, cit., vol. II, nº 283, p. 402). Para una nota referencial sobre la evolución del pensamiento de este procesalista en la materia, puede verse AUGENTI, GIACOMO P., “Apéndice”, en CARNELUTTI, F., *La prueba civil...*, cit., p. 239.

¹¹⁸ Sobre la injerencia de CARNELUTTI en la teoría que comentamos, puede consultarse SENTÍS MELENDO, S., ob. cit., pp. 147-150.

lo demuestra la jurisprudencia que ya hemos citado, en la cual se determina la noción de prueba (distinguiendo entre directa e indirecta) precisamente a partir de tales explicaciones¹¹⁹.

Pues bien, tras señalar que la “prueba indirecta” es aquella prueba jurídica en la que el juez percibe un hecho distinto del que se debe acreditar, la teoría de CARNELUTTI estableció la necesidad de diferenciar “dos factores del proceso probatorio”: uno es “la *actividad del juez*” y otro es “el *hecho que, por medio de dicha actividad, sirve para procurar el conocimiento del hecho a probar*”. El primero fue designado como “medio de prueba” y el segundo como “fuente de prueba”¹²⁰.

Así, la fuente de prueba es el “hecho del cual se sirve [el juez] para deducir la propia verdad”; en un sentido amplio, las fuentes son “hechos percibidos por el juez y que le sirven para la deducción del hecho a probar”; en términos más concretos, las fuentes se identifican con el “testimonio”, el “documento” y el “indicio”,¹²¹.

Por su parte, medio de prueba es entendido como actividad del juzgador. Según esta doctrina, el medio de prueba consiste, en primer lugar, en una actividad de “*percepción* del juez”, a través de la cual éste toma contacto con las fuentes que le permitirán obtener conocimiento de los hechos; consiste, además, en una actividad de “*deducción* del juez”, por la cual éste aplica las reglas de la experiencia para acceder a los hechos sobre los que recae la prueba; en fin, consiste en la vía por la cual el magistrado puede conseguir una fijación de los hechos del pleito¹²².

b) *Alusión al resultado probatorio*

Si se observa bien, se usa el giro “medios de prueba” para aludir en definitiva al resultado probatorio. Lo que sucede es que los medios son definidos en relación con el conocimiento adquirido por el juzgador a partir de la percepción y deducción, y no en cuanto elemento en el que se apoya tal conocimiento. Lo que hace CARNELUTTI, en suma, es describir aquella faceta de la prueba judicial atinente a las operaciones sensoriales y mentales que desarrolla el juez para aprehender y reconstruir los sucesos del juicio, y a ella le da el nombre “medio de prueba”.

Se trata ante todo de una cuestión terminológica, como por lo demás el propio autor lo señala¹²³. Cuestión que, sin embargo, complica la exposición del asunto, sobre todo si tomamos en consideración que el término medio de prueba es el más empleado por nuestra ley, doctrina y jurisprudencia.

¹¹⁹ C. Ap. Punta Arenas 5 enero 1990, *RDJ* t. 83, sec. 2^a, p. 8 (considerandos 31° y 32°). De hecho, destacando la mayor fuerza cognoscitiva de la inspección personal del tribunal, la motivación 32^a señala lo siguiente: “como dice Carnelutti: ‘La superioridad de la prueba directa sobre la indirecta no tiene necesidad de ser subrayada: la prueba es tanto más segura cuanto más próximo a los sentidos se halla el hecho a probar’ (‘La prueba civil’). Francisco Carnelutti. Ediciones Acayú. Buenos Aires. 1955. pág. 55” (ídem).

¹²⁰ CARNELUTTI, F., *La prueba civil...*, cit., pp. 53-55, 67-102, parte transcrita en p. 68, cursivas del autor.

¹²¹ Cfr. CARNELUTTI, F., *La prueba civil...*, cit., pp. 70 y 71, 89 y 195. Hacemos presente que CARNELUTTI distingue, a su vez, “fuentes de prueba en sentido estricto” y “fuentes de presunción”, según exista o no –respectivamente– la representación del hecho a probar (ibídem, pp. 89-102). Sobre el concepto de representación y los medios de representación, ibídem, pp. 102-118. En cuanto a lo último, por exceder los límites de este trabajo no profundizaremos en torno al significado del término “representación”, dejando constancia de su ambigüedad epistemológica y de la serie de precisiones que exige formular. Para una crítica general, véase TARUFFO, M., *La prueba...*, cit., pp. 464-467.

¹²² Cfr. CARNELUTTI, F., *La prueba civil...*, cit., pp. 52, 71-89, cursivas del autor.

¹²³ Cfr. CARNELUTTI, F., *La prueba civil...*, cit., p. 70.

cia. Por lo mismo, estimamos que es necesaria la aclaración conceptual que proponemos en este trabajo, a partir de la cual sugerimos dejar instalados los medios de prueba en el aspecto concerniente a los datos empíricos con base en los cuales el juez puede arribar a un resultado probatorio.

6. FUENTES, MEDIOS, CONOCIMIENTO Y ARGUMENTACIÓN EN LA PRUEBA JUDICIAL

6.1. FUENTES Y MEDIOS COMO DATOS EMPÍRICOS QUE PROPORCIONAN INFORMACIÓN DE HECHOS

a) *La denominada concepción racionalista o cognoscitivista de la prueba judicial*

Retomando lo que hemos expuesto (en especial, *supra* N°4.1.), para calificar a las fuentes y a los medios como datos empíricos en los que se apoya la prueba procesal, nos hemos inspirado en la llamada concepción racionalista o cognoscitivista del fenómeno probatorio, que presupone ciertas ideas matrices en torno al tema del establecimiento judicial de los hechos. Básicamente, estas ideas se refieren al juicio, la verdad procesal y las pruebas.

La primera, en efecto, ataña al concepto de juicio jurisdiccional como “saber-poder”, vale decir, una visión donde la tarea del órgano jurisdiccional es una combinación entre conocimiento del conflicto (*veritas*) y decisión del mismo (*auctoritas*)¹²⁴. En nuestro Derecho, esta noción fundamental se encuentra recogida en el art. 76 inc.1° de Constitución, cuando se hace mención a la facultad que tienen los tribunales para “conocer” las causas y “resolverlas”¹²⁵.

La segunda idea fuerza se refiere a la noción semántica de verdad procesal fáctica, entendida ésta como “correspondencia” entre lo afirmado en el proceso y lo que efectivamente ha ocurrido en la realidad sensible¹²⁶. Éste es un enfoque que reconoce las limitaciones del saber humano, pero que no por ello renuncia a la posibilidad de aproximarse a la realidad a partir de los antecedentes que se tienen en determinado momento y lugar. En otras palabras, se trata de una perspectiva de verdad “aproximada” o “probable” en el contexto de un juicio: una verdad de los hechos que nunca es absoluta, sino que viene dada por la hipótesis más probable o sostenida en mayores elementos de confirmación, consistentes precisamente en lo que hemos llamado medios de prueba¹²⁷. En cuanto a la legislación chilena, pensamos que en esta línea es posible ubicar el art. 428 CPC, según el cual en caso de existir dos o más pruebas contradictorias, y a falta de ley que resuelva dicho conflicto, los tribunales deben preferir “la que crean más conforme con la verdad”¹²⁸.

¹²⁴ Cfr. FERRAJOLI, L., ob. cit., pp. 45 y 46.

¹²⁵ Tratando estas perspectivas, CERDA FERNÁNDEZ, CARLOS, *Iuris Dictio*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992, pp. 81-107, 227-233.

¹²⁶ Sobre la noción semántica de verdad, TARSKI, ALFRED, “La concepción semántica de verdad y los fundamentos de la semántica”, en *Antología semántica*, compilada por M. Bunge, Ediciones Nueva Visión, Buenos Aires, 1985, pp. 111-157, con la bibliografía y otras obras del autor ahí citadas.

¹²⁷ Así TARUFFO, M., “Modeli di prova...”, cit., p. 444. En igual sentido, FERRAJOLI, L., ob. cit., p. 45-51; GASCÓN ABELLÁN, M., *Los hechos...*, cit., pp. 53-73; FERRER BELTRÁN, J., *Prueba y verdad...*, cit., pp. 55-78. En nuestra doctrina, destacamos el trabajo en el campo del proceso penal de HORVITZ LENNON, MARÍA INÉS, en HORVITZ LENNON, MARÍA INÉS, y LÓPEZ MASLE, JULIÁN, *Derecho procesal penal chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, t. II, pp. 229-232.

¹²⁸ Calificando a esta norma como una “instrucción general”, CS 30 mayo 1953, *RDJ* t. 50, sec. 1^a, p. 173.

La tercera atinge a la prueba, la que en este cuadro se presenta como una actividad tendiente a aprehender y, en la mayoría de los casos, reconstruir hechos efectivamente acaecidos, a partir de una valoración judicial de la suficiencia de la información que proporciona cada uno de los medios acompañados a la causa¹²⁹. Por ello, la finalidad central de la prueba es cognoscitiva, como quiera que está encaminada a obtener un conocimiento probable de los hechos que componen la contienda judicial¹³⁰. Como lo ha indicado nuestra jurisprudencia, la prueba está encaminada a proporcionar al juez un “conocimiento sobre los hechos” de los cuales depende el Derecho que debe ser declarado en la sentencia”¹³¹.

b) Fuentes y medios en esta concepción: datos empíricos con aptitud de entregar información sobre hechos

De esta manera, tanto fuentes como medios aparecen como elementos de conocimiento, esto es, como materiales que poseen la cualidad de suministrar información concreta sobre la ocurrencia de hechos. Por lo mismo, la doctrina jurídica contemporánea ha indicado que los elementos probatorios desempeñan una “*función cognoscitiva*” de los hechos que se pretenden acreditar¹³², y que estos factores constituyen “*medios de conocimiento*”, vale decir, un conjunto de información mediante la cual el tribunal toma noticia de los sucesos del caso¹³³.

En resumidas cuentas y como lo hemos venido señalando, constituyen los datos empíricos que sirven de apoyo epistemológico a la actividad probatoria y al resultado de ésta.

c) Referencia a las “pruebas irrationales”, “formales” o “simbólicas”

Como contrapunto, es pertinente aludir aquí a figuras que han tenido lugar en períodos de la historia judicial y que suelen denominarse “pruebas irrationales” o “épreuve”¹³⁴, pruebas “formales”¹³⁵ o pruebas “simbólicas”¹³⁶, cuya principal característica es justamente la ausencia de basamento concreto. Los principales ejemplos son las “ordalías”, el “juramento” y el “duelo”¹³⁷.

¹²⁹ Cfr. GASCÓN ABELLÁN, M., *Los hechos...*, cit., pp. 83-97.

¹³⁰ Cfr. TARUFFO, M., “Modeli di prova...”, cit., pp. 442-444; del mismo autor, *La prueba...*, cit., pp. 349-357; 422 y 423; FERRER BELTRÁN, J., *La valoración racional...*, cit., pp. 29-45.

¹³¹ C. Ap. Punta Arenas 5 enero 1990, *RDJ* t. 83, sec. 2^a, p. 8 (considerando 31°).

¹³² Cfr. GASCÓN ABELLÁN, M., *Los hechos...*, cit., pp. 84 y 85, cursiva de la autora.

¹³³ Cfr. TARUFFO, M., “Investigación judicial...”, cit., p. 208, cursiva del autor; destacando el carácter epistemológico de la prueba judicial, del mismo autor, *La prueba...*, cit., pp. 327-438, en especial pp. 341-387, 403-413; del mismo autor, “Conoscenza scientifica...”, cit., pp. 16-23; del mismo autor, “Conocimiento científico...”, cit., pp. 1295-1305.

¹³⁴ Cfr. TARUFFO, M., *La prueba...*, cit., p. 441-443.

¹³⁵ Así, por ejemplo, MITTERMAIER, C. J. A., *Tratado de la prueba en materia criminal o exposición comparada de los principios en materia criminal y de sus diversas aplicaciones en Alemania, Francia, Inglaterra*, trad. P. González del Alba, Reus, Madrid, 1916, pp. 12-26.

¹³⁶ Cfr. FERRAJOLI, L., ob. cit., pp. 135 y 136.

¹³⁷ Para un tratamiento general de estas modalidades, entre otros, GASCÓN, M., *Los hechos...*, cit., 8-13; LÉVY-BRUHL, H., ob. cit., pp. 57-109; RAZNOVICH, L. J., ob. cit., pp. 29-34; en la doctrina latinoamericana, DEVIS ECHANDÍA, H., ob. cit., t. I, pp. 51-53; en la doctrina chilena, PAILLÁS PEÑA, ENRIQUE, *Las pruebas en el proceso penal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1982, pp. 7-10.

En estos modelos, la determinación de los hechos se presenta más bien como un “experimento”, carente de todo sustento en datos empíricos. Es lo que encontramos, por ejemplo, en las pruebas basadas en la forma de las llagas que quedaban en las manos del imputado tras tomar hierros candentes; las pruebas de inocencia que se producían luego que el sospechoso salía victorioso de la lucha con un animal feroz o, las pruebas derivadas de la resistencia de la persona acusada que debía cruzar por un camino de brasas incandescentes¹³⁸.

La irracionalidad aparece no sólo de la inhumanidad de estos experimentos, sino además de la falta de análisis retrospectivo del problema fáctico y, en relación con lo mismo, de la ausencia de factores externos al sujeto cognoscente que suministren información específica de los sucesos. En ninguna de las hipótesis precipitadas existe un dato empírico que permita a la razón humana corroborar la efectividad de los acontecimientos.

Como se ha dicho en la doctrina extranjera, lo que hay aquí es un “conocimiento mágico” de los eventos, en el que todo queda reducido a un mero “experimento gnoseológico-místico”, detrás del cual habría un “orden oculto del mundo” que puede obtenerse mediante distintas vías: “desde técnicas adivinatorias a una *pugna inter duos ad probationem veritatis*”¹³⁹.

Según vemos, en estos experimentos o desafíos lo que falta es precisamente el sostén de la prueba. No hay algo desde lo cual emerja el conocimiento de la materia factual. O sea, empleando el lenguaje que proponemos en este trabajo, no existen fuentes ni medios.

6.2. FUENTES Y MEDIOS FRENTE A LA PERSPECTIVA ARGUMENTATIVA DE LA PRUEBA JUDICIAL

- a) *¿Pueden determinarse las fuentes y los medios de prueba aplicando un criterio argumentativo?*

Para la definición de las fuentes y los medios hemos colocado el acento en la función cognoscitiva de la prueba, sin ahondar mayormente en la perspectiva argumentativa, retórica o persuasiva¹⁴⁰.

La incógnita consiste en precisar hasta qué punto puede omitirse la antedicha perspectiva en la definición de las fuentes y los medios de prueba, tomando en cuenta que en la práctica judicial estos elementos efectivamente cumplen una función argumentativa. Sobre lo mismo, hay que considerar la opinión de algunos autores para quienes los antecedentes probatorios deben ser tomados ante todo como “elementos argumentativos”¹⁴¹, medios “retóricos”¹⁴² o “mecanismos persuasivos”¹⁴³.

¹³⁸ Cfr. LÉVY-BRUHL, H., ob. cit., pp. 57-109.

¹³⁹ Véase al efecto GASCÓN ABELLÁN, M., *Los hechos...*, cit., pp. 8 y 9.

¹⁴⁰ Sobre estas perspectiva, destacamos GIULIANI, ALESSANDRO, *Il concetto di prova. Contributo alla logica jurídica*, Giuffrè, Milano, 1971, *passim*, en especial pp. 62-65, 207-227; PERELMAN, CHAIM, “La spécificité de la preuve juridique”, en AA. VV., *La preuve. Quatrième partie. Periode contemporaine*, Recueils de la Société Jean Bodin, Librairie Encyclopédique, Bruxelles, 1963, pp. 5-18; en un marco teórico más amplio, del mismo autor, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, trad. L. Díez-Picazo, Civitas, Madrid, 1979, pp. 37-54. También pueden consultarse las explicaciones de TARUFFO, M., *La prueba...*, cit., pp. 80-87, 307-325, 349-357, 422-427; del mismo autor, “Narrativas judiciales”, en *Revista de Derecho*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, Santiago, 2007, vol. XX, N°1, pp. 231-270; TWINING, WILLIAM, “Lawyers’ Stories”, en *Rethinking Evidence...*, cit., pp. 286-331.

¹⁴¹ Cfr. MARINONI, LUIZ GUILHERME, y ARENHART, SÉRGIO CRUZ, *Comentários ao Código de Processo Civil. Do processo de conhecimento*, Editora Revista dos Tribunais, 2^a edic. actualizada, São Paulo, 2005, t. I., vol. 5, p. 93.

¹⁴² Ibídem, p. 91.

A lo cual se suma que una parte importante de las definiciones de prueba judicial pone el énfasis en el aspecto persuasivo, tal como lo demuestran los conceptos doctrinarios que más se utilizan en nuestro medio¹⁴⁴.

Las consecuencias que derivan de estas nociones son múltiples. Desde luego, alteran el esquema general planteado por la concepción racionalista o cognoscitiva, ya que para las teorías argumentativas lo que interesa en materia de prueba judicial no es tanto la aproximación a la verdad fáctica cuanto la obtención de la convicción del magistrado¹⁴⁵. En este mismo orden de ideas, para estas doctrinas los datos empíricos -los “signos” a los que alude GIULIANI- no son en sí relevantes, pues más que información concreta sobre hechos, lo que tendría importancia en un proceso es la capacidad persuasiva de los antecedentes que las partes presenten; en otras palabras, la retórica se coloca por delante del conocimiento¹⁴⁶. A partir de estas nociones, queda abierta la posibilidad para que la determinación del *factum probandum* se realice a través de un esquema llamado “holista”, en el que lo primordial es la coherencia del relato antes que la acreditación de los hechos a través de antecedentes probatorios concretos¹⁴⁷.

La repercusión en el concepto de las fuentes y los medios de prueba salta a la vista: más que datos empíricos con información sobre hechos, serían herramientas de argumentación y persuasión. De manera tal que, por ejemplo, tendrían la calidad de fuente y medio tanto la filmación de un accidente como el croquis elaborado por uno de los litigantes en el que se explique el modo como –en su concepto- ocurrió dicho accidente; tendrían las mismas calidades una persona con conocimientos de una determinada inundación y una maqueta que explica la forma como –en opinión de una de las partes- se habría producido dicha inundación; presentarían el mismo carácter tanto la declaración expresa que haga uno de los contendores en el juicio en presencia del juez, como las conclusiones que saque el tribunal de la conducta que ha tenido esa misma parte durante la tramitación de la causa. Todos serían igualmente fuentes y medios probatorios, al margen de si detentan o no informaciones específicas sobre los sucesos que se debaten en la causa.

Lo crucial es que si se toman estas ideas, podríamos llegar a procesos civiles en los que un tribunal establece los hechos controvertidos sin datos empíricos que suministren información concreta sobre aquéllos, basándose únicamente en las explicaciones que ha dado una de las partes, que consideradas en bloque resultan más convincentes para el juzgador. Serían suficientes, pues, las argumentaciones del litigante más coherente, y la persuasión del juez.

No participamos de apreciaciones como las expuestas. En nuestra opinión, la determinación de las fuentes y los medios no reposa en la concepción argumentativa sino en primer lugar en la noción cognoscitiva de la prueba. Consideramos, en efecto, que una persona que presenció un acontecimiento determinado, una escritura pública en la que se dejó constancia de la celebración de un

¹⁴³ Cfr. LÉVY-BRUHL, H., ob. cit., pp. 41-52.

¹⁴⁴ Por todos, PEÑAILILLO ARÉVALO, D., ob. cit., p. 27. Esta definición está transcrita en *supra* N°3.1. De la doctrina extranjera, destacamos el concepto dado por SERRA DOMÍNGUEZ, M., ob. cit., pp. 359, 360 y 366.

¹⁴⁵ Cfr. MARINONI, L. G., y ARENHART, S. C., ob. cit., pp. 44-93.

¹⁴⁶ Latamente, GIULIANI, A., ob. cit., *passim*, en especial pp. 62 ss.

¹⁴⁷ Una síntesis de la concepción holista de la prueba, en TARUFFO, M., *La prueba...*, cit., pp. 307-325; también, TWINING, W., “Lawyers’ Stories...”, cit., pp. 306-311; una explicación interesante, en ANDERSON, T.; SCHUM, D. y TWINING, W., ob. cit., pp. 153-158.

acuerdo, una filmación de un accidente o una huella dejada en el pavimento, presentan los caracteres de fuente y medio de prueba no por el contenido argumentativo del elemento ni por su capacidad persuasiva, sino –ante todo- por tratarse de datos sensibles que poseen una calidad cognoscitiva en relación con hechos.

Estimamos que este es el *quid* del asunto, puesto que sólo puede controlarse la decisión judicial de las cuestiones de hecho en la medida que existan materiales externos y perceptibles que entreguen noticias de los acontecimientos. Es, en definitiva, un asunto de racionalidad el que exige la concurrencia de elementos “controlables” y “verificables” mediante “criterios intersubjetivos”, los que pueden consistir en personas o cosas, declaraciones o documentos, pero que siempre deben reunir tales condiciones¹⁴⁸. De no contar con este respaldo, podríamos caer en eso que ACCATINO SCAGLIOTTI ha denominado la “trampa del subjetivismo”, que deriva precisamente de la ausencia de parámetros intersubjetivos que permitan evaluar la decisión del tribunal en el establecimiento de los hechos¹⁴⁹. Para tener una idea de estos riesgos, basta con recordar alguno de los casos de las llamadas pruebas irrationales, formales o simbólicas, caracterizadas justamente por carecer de un basamento concreto.

b) Elementos argumentativos y persuasivos: croquis, maquetas, conducta de las partes

Por lo dicho, estimamos que materiales como un croquis del lugar de los hechos elaborado por las partes para sustentar su teoría del caso, o una maqueta confeccionada con iguales fines, no presentan el carácter de fuentes ni medios de prueba. Desde nuestro punto de vista, son nada más instrumentos de argumentación, que –por tanto- pueden ser empleados por los contendores para persuadir al tribunal sobre la coherencia de sus relatos del caso¹⁵⁰. Sin embargo, no constituyen elementos probatorios que en sí mismos permitan al órgano judicial dar por establecidos los hechos controvertidos. De modo que si una parte se ha limitado a acompañar este tipo de antecedente, necesariamente deberán aplicarse las soluciones jurídicas que contempla el ordenamiento para resolver la problemática de la falta o insuficiencia de prueba, en particular las normas de *onus probandi* y los preceptos sobre presunciones legales¹⁵¹.

¹⁴⁸ TARUFFO, M., *La prueba...*, cit., p. 423. En nuestra doctrina, en igual sentido, ACCATINO SCAGLIOTTI, D., “Convicción, justificación y verdad...”, cit., p. 48; de la misma autora, “La fundamentación de la declaración de hechos probados...”, cit., p. 22. También encontramos pronunciamientos en similares términos en el campo de la prueba penal, según puede verse en HORVITZ LENNON, M. I., ob. cit, pp. 229-232, y en COLOMA CORREA, RODRIGO, “Panorama general de la prueba en el juicio oral chileno”, en AA. VV., *La prueba en el nuevo proceso penal oral*, editor R. Coloma Correa, Lexis Nexis, Santiago, 2003, pp. 6-11.

¹⁴⁹ Cfr. ACCATINO SCAGLIOTTI, D., “Convicción, justificación y verdad...”, cit., pp. 42-48

¹⁵⁰ En cuanto a estos relatos, se habla de “story-tellers judiciales” (cfr. TARUFFO, M., “Narrativas judiciales...”, cit., pp. 242-250), de “lawyers’ stories” (cfr. TWINING, W., “Lawyers’ Stories...”, cit., pp. 288-294), o de “historias” o “versiones de hechos” presentadas en juicio (cfr. COLOMA CORREA, RODRIGO, “Vamos a contar mentiras, tralará..., o de límite a los dichos de los abogados”, en *Revista de Derecho*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, Santiago, 2006, vol. XIX N°2, pp. 27-52).

¹⁵¹ Aludiendo a estas figuras como “sucedáneos” de la prueba, SENTÍS MELENDO, S., ob. cit., pp. 112-139. Sobre la relación que se produce entre los elementos probatorios, la ausencia de éstos y los “substitutos de evidencia”, RAZNOVICH, L. J., ob. cit., pp. 316-355. En cuanto a la vinculación entre presunciones legales y cargas probatorias, véanse, entre otros, ROSENBERG, LEO, *La carga de la prueba*, trad. E. Krotoschin, Editorial BdeF, 2^a edic., Buenos Aires, 2002, pp. 233-261; MICHELI, GIAN ANTONIO, *La carga de la prueba*, trad. S. Sentís, Temis, Bogotá, 1989, pp.175-181; FERNÁNDEZ LÓPEZ, MERCEDES, *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, La Ley, Madrid, 2006, pp. 25-64.

Algo similar es lo que se presenta en el caso del comportamiento de las partes como elemento de valoración de la prueba, que en nuestra legislación aparece recogido en el art. 724 CPC. Este es un factor de tipo persuasivo al que puede acudir el juez a la hora de resolver la controversia y determinar cuál es la versión de los hechos en la que cree. Empero, como bien se ha indicado por una parte de la dogmática, la conducta de los litigantes no es suficiente para formar un cuadro de convicción “si falta todo elemento de orden objetivo”¹⁵². Estos elementos son precisamente los datos empíricos que hemos designado con los nombres fuentes y medios.

c) *Uso argumentativo y persuasivo de las fuentes y los medios*

Un tema distinto es el uso que las partes puedan dar a las fuentes de prueba fuera del proceso, y la utilización que puedan hacer los litigantes y el propio juez de los medios de prueba en el marco de un juicio. En ambos casos, fuentes y medios pueden ser administrados con el objeto de cumplir roles argumentativos y persuasivos¹⁵³. Pensemos, por ejemplo, en la selección de las fuentes probatorias que hacen las partes a la hora de decidir la forma como entablarán las acciones judiciales o como opondrán sus defensas procesales; en la decisión de presentar los medios en un determinado orden; en el distinto énfasis que colocarán para cada cual y, en fin, en el análisis final que sobre ellos hagan los litigantes al terminar con sus alegaciones y el juez al resolver la contienda. De todos modos, es necesario advertir que estas hipótesis pertenecen más bien al área de actividad probatoria y del resultado de la prueba procesal, y no al rubro de los datos en los que se apoyan aquéllas.

En cuanto a lo mismo, tampoco deben confundirse las nociones de fuentes y medios con el efecto que ellos produzcan en el magistrado al momento de dictar sentencia, donde también -por cierto- puede tener trascendencia el factor persuasivo de los elementos para efectos de justificar la decisión. Con todo, para la concepción de la prueba que seguimos en este trabajo, la justificación de la decisión del juez debe basarse en un análisis de cada medio probatorio aportado a los autos, pues sólo en esa medida podrán controlarse las resoluciones del tribunal. Vale decir, el uso de los medios probatorios en el contexto de la justificación de la sentencia, debe guiarse por las exigencias que impone el método llamado “atomista”, conforme al cual la decisión sobre los hechos se debe obtener a través de una consideración analítica de los específicos elementos de prueba allegados al proceso¹⁵⁴. Es pertinente decir que esta última concepción se encuentra expresamente recogida en nuestro Derecho, a la luz del art. 170 N°4 CPC, y los numerales 5°, 6° y 7° del Auto Acordado de la Corte Suprema sobre forma de las sentencias del año 1920, a los que se deben agregar la doctrina¹⁵⁵ y jurisprudencia¹⁵⁶ establecida en similar sentido.

¹⁵² Así, WALTER, G., ob. cit., pp. 289-292, en especial p. 291. En contra, calificando la conducta de las partes como fuente de prueba indicaria, FURNO, CARLO, *Teoría de la prueba legal*, trad. S. González Collado, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954, pp. 76 y 77.

¹⁵³ Especialmente destacado por MARINONI, L. G., y ARENHART, S. C., ob. cit., pp. 45-93. Una alusión a la tradición tópico-retórica del “*ars opponendi et respondendi*”, o “*ars disserendi, inveniendi et iudicandi*” en el campo de la prueba, en FERRAJOLI, L., ob. cit., pp. 129-155.

¹⁵⁴ Véanse TARUFFO, M., *La prueba...*, cit., pp. 307-325; TWINING, W., “*Lawyers’ Stories...*”, cit., pp. 306-311; ANDERSON, T., SCHUM, D. y TWINING, W., ob. cit., pp. 153-158.

¹⁵⁵ Cfr. CALVO CASTRO, GONZALO, “Sistemas de apreciación de la prueba”, en AA.VV., *Nuevas orientaciones de la prueba...*, cit., pp. 133-155; TAVOLARI OLIVEROS, RAÚL, “La prueba en el proceso”, en *El proceso en acción*, Libromar, Santiago, 2000, pp. 281-308.

¹⁵⁶ Por ejemplo, CS 24 enero 2006 *RDJ* t. 103, sec. 1^a, pp. 117-125.

Lo que nos interesa subrayar en este orden de ideas, es que el fenómeno probatorio es un ámbito del quehacer humano al que confluyen múltiples disciplinas, las que presentan diversa intensidad según el punto en que nos situemos. Hay, pues, una combinación de aspectos cognoscitivos y argumentativos, junto a una serie de otras consideraciones¹⁵⁷. Ahora bien, como lo hemos sostenido a lo largo del trabajo, nos parece que en el capítulo que examinamos sobresale el aspecto cognoscitivo, pues tanto fuentes como medios tienen su punto de partida en la aptitud para suministrar información concreta sobre los hechos.

6.3. CONTEXTO DE LAS FUENTES Y LOS MEDIOS

a) *Contextos de “descubrimiento” y de “justificación”*

Desde un comienzo hemos señalado que la distinción entre fuentes y medios tiene lugar a partir de los niveles en los que se ubica cada uno. Esto nos lleva a plantear la existencia de dos contextos para los datos probatorios, los que singularizaremos a partir de una distinción formulada en la filosofía de la ciencia del último tiempo y que ha empleado una parte de la filosofía jurídica contemporánea: hablaremos de “contexto de descubrimiento” y de “contexto de justificación”¹⁵⁸.

Con una finalidad meramente expositiva, proponemos aplicar estas nociones al tema que estudiamos, y hablar de “contexto de descubrimiento” para aludir al escenario propio de las fuentes probatorias, y de “contexto de justificación” para referirnos al estadio de los medios de prueba. Además, postulamos que ambos contextos deben estar relacionados, con miras a asegurar el mejor resultado posible en la producción de la prueba en juicio.

b) *Las fuentes de prueba y el contexto de descubrimiento*

Considerando que las fuentes probatorias se ubican en una sede previa y extraña al proceso; que tienen existencia propia con independencia del juicio y, que se generan en conexión directa con los sucesos de la realidad sensible, estimamos que ellas pertenecen al contexto de descubrimiento de los hechos.

De modo que en nuestra opinión las fuentes probatorias son -en esencia- factores de conocimiento de sucesos¹⁵⁹. Ellas están fuera del juicio, disponibles para suministrar información fáctica. Cualquiera de los ejemplos que hemos dado nos permite llegar a dicha conclusión: una escritura que da cuenta de un acuerdo de voluntades; una persona que ha presenciado un accidente y que lo almacena en su memoria o, un guante ensangrentado, presentan el carácter de fuente probatoria por permitir el conocimiento de sucesos a partir de la información que guardan.

¹⁵⁷ En este sentido, destacamos los postulados de TWINING, W., “Evidence as a multi-disciplinary subject...”, cit., pp. 436-456. Aludiendo a la combinación de la lógica, la argumentación y la axiología, WRÓBLEWSKI, J., “La prueba jurídica...”, cit., pp. 171-189.

¹⁵⁸ Para una noción general de esta distinción, ACCATINO SCAGLIOTTI, DANIELA, “Notas sobre la aplicación entre contexto de descubrimiento y de justificación al razonamiento judicial”, *Revista de Derecho*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, Santiago, 2002, vol. XII, pp. 9-25; en el tema de la prueba, GASCÓN ABELLÁN, M., *Los hechos...*, cit., pp. 49 y 50, 83 y 84; de la misma autora, “La racionalidad...”, cit., pp. 614-617; usándola para precisar algunos conceptos de la prueba judicial, TARUFFO, M., *La prueba...*, cit., pp. 443-447.

¹⁵⁹ En cuanto a los factores de conocimiento en este contexto, TARUFFO, M., *La prueba...*, cit., pp. 443 y 444.

En este sentido, además, relacionamos la noción de fuente de prueba con la explicación que ha dado TWINING en cuanto a la importancia de la “*information*” en el campo del *law of evidence*¹⁶⁰. El marco de las fuentes y la *information* es el mismo: el del descubrimiento de los episodios de la vida diaria, vale decir, ese escenario ubicado en la periferia del proceso jurisdiccional, donde las personas y las cosas se contactan con la realidad y registran noticias de ésta.

c) *Los medios de prueba y el contexto de justificación*

Los medios de prueba pertenecen más bien al “contexto de justificación”, o como se dice en la doctrina anglosajona al aludir a la *evidence*, se instalan en un “contexto de argumentación”¹⁶¹.

En efecto, como el sitio propio de los medios probatorios es el juicio, el ámbito en el que se mueven no es el mismo que mencionamos antes para las fuentes. Para este caso se trata de un marco de debate dialéctico; de un estadio donde los litigantes buscan convencer al tribunal acerca de sus respectivas posiciones; de un terreno sometido a una serie de normas que guían la discusión (las reglas del llamado “debido proceso legal”) y, de un contexto que debe finalizar a través de una sentencia judicial que resuelva el conflicto y que establezca el modo como ocurrieron los sucesos controvertidos.

Si revisamos cualquier proceso contencioso civil nos encontraremos con este contexto, en el que los medios de prueba constituyen uno de los eslabones de la cadena de argumentaciones y justificaciones. Es por ello que en el concierto angloamericano se ha dicho que la *evidence* es uno de los componentes de los argumentos judiciales¹⁶², y que el marco general de aquélla siempre está dado por el argumento¹⁶³.

Si bien compartimos esta constatación, no por eso sostendremos que los medios probatorios sean en esencia elementos argumentativos. Como lo hemos señalado, los medios siguen siendo datos empíricos de contenido epistemológico aun cuando se encuentren incorporados a un proceso judicial. El ingreso a los autos no los hace perder su condición esencial de antecedentes con información sobre sucesos, ni su calidad de elementos externos que sirven de sostén a la prueba. Pero presentan la peculiaridad de situarse en un marco de justificación sobre los hechos, tanto de las partes que buscan defender sus posiciones, como del juez que busca fundamentar su decisión¹⁶⁴.

Como se aprecia, en este contexto los medios de prueba pasan a constituir los materiales que se colocan en contacto con la actividad probatoria que ejecutan los litigantes durante la tramitación de la causa. Así mismo, son los antecedentes en los que reposa el resultado al cual arriba el juzgador a la hora de determinar los hechos que sirven de fundamento al fallo.

¹⁶⁰ Cfr. especialmente TWINING, W., “Evidence as a multi-disciplinary subject...”, cit., pp. 436-456.

¹⁶¹ Así TWINING, W., “Evidence as a multi-disciplinary subject...”, cit., p. 441; ANDERSON, T., SCHUM, D. y TWINING, W., ob. cit., p. 60.

¹⁶² Cfr. ANDERSON, T., SCHUM, D. y TWINING, W., ob. cit., p. 60.

¹⁶³ Cfr. TWINING, W., “Evidence as a multi-disciplinary subject...”, cit., p. 441

¹⁶⁴ Cfr. TARUFFO, M., *La prueba...*, cit., pp. 444-446.

6.4. RELACIÓN ENTRE LOS CONTEXTOS DE LAS FUENTES Y DE LOS MEDIOS

a) “Relevancia” y “admisibilidad” de la prueba judicial

En nuestra opinión, la relación entre ambos contextos gira en torno a dos nociones que ya hemos mencionado, a partir de las cuales es posible –además- establecer un vínculo entre las fuentes y los medios. Se trata de los conceptos de “relevancia” y “admisibilidad” de la prueba judicial.

Asumiendo las dificultades que presentan estas nociones¹⁶⁵ y, además, que al provenir del *law of evidence*¹⁶⁶ no se ajustan cien por ciento al lenguaje de nuestra legislación, proponemos usarlas para resolver el tema antes aludido, pues pensamos que nos proporcionan un importante punto de referencia para este complejo asunto.

A partir de las nociones que ya esbozamos (*supra* N°4.5.), postulamos que los contextos de las fuentes y los medios pueden vincularse a partir del principio según el cual en los procesos civiles debe permitirse la incorporación de todos aquellos elementos probatorios que contengan información relevante para el establecimiento de los hechos, a menos que existan normas legales expresas que los excluyan o condicione¹⁶⁷. O dicho de otro modo, debe permitirse el uso de todas las fuentes de prueba existentes en la realidad sensible, en la medida que contengan informaciones relevantes y que no se encuentren excluidas o condicionadas por disposiciones legales. O expuesto de otra manera, deben considerarse como medios de prueba idóneos para los juicios civiles todas aquellas fuentes probatorias que suministren información fáctica relevante y no estén exceptuadas o condicionadas por el legislador. O, en fin, expresado con la fórmula de la “libertad de prueba” que consagra el art. 28 Ley N°19.968 sobre Tribunales de Familia, todos los hechos que resulten pertinentes para la adecuada resolución del conflicto “podrán ser probados por cualquier medio producido en conformidad a la ley”¹⁶⁸.

Estimamos que sólo en esta medida se puede garantizar la incorporación a los juicios de información probatoria apta para resolver adecuadamente un conflicto, lo que es de suma importancia para un sistema procesal como el nuestro, que por virtud del art. 19 N°3 inc. 5° CPR debe inspirarse en criterios de “racionalidad” y “justicia”. Por ello, nos parece que para nuestro régimen de enjuiciamiento civil, el principio precitado aparece como una exigencia del debido proceso legal¹⁶⁹.

¹⁶⁵ Para mayores detalles, destacamos las explicaciones de TARUFFO, M., *La prueba...*, cit., pp. 364-378; FERRER BELTRÁN, J., *La valoración racional...*, cit., pp. 68-86; mencionando alguno de estos conceptos, GESTO ALONSO, BLANCA, *La pertinencia y utilidad de las pruebas*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, Pamplona, 1991, *passim*; con alguna referencia, MONTERO AROCA, J., ob. cit., pp. 149-157.

¹⁶⁶ Una noción general en ANDERSON, T., SCHUM, D. y TWINING, W., ob. cit., pp. 60-71, en especial pp. 62 y 63.

¹⁶⁷ Sobre este principio, TARUFFO, M., *La prueba...*, cit., pp. 364-378.

¹⁶⁸ Una fórmula parecida encontramos en el art. 1206 N°1 C de C, en materia de juicios marítimos, y en el art. 157 letra a) de la Ley de Navegación (DL N°2.222), para los juicios sobre responsabilidad civil por los daños derivados de los derrames de hidrocarburos y otras sustancias nocivas.

¹⁶⁹ Sobre la relación entre los requisitos de “racionalidad” y “justicia”, por un lado, y la “producción de la prueba”, por otro, véanse, *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*, sesiones 101^a (9 enero 1975) y 103^a (16 enero 1975); en cuanto a la relación entre la tutela judicial efectiva y la prueba, CAROCCA PÉREZ, ALEX, “Las garantías constitucionales del sistema procesal chileno”, en *Revista Ius et Praxis*, año 3, N°2, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Talca, 1997, p. 170; para una referencia a la doctrina extranjera, ampliamente PICÓ I JUNOY, JOAN, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, Bosch, Barcelona, 1996, *passim*, en especial, pp.13-38.

b) Relación a partir de la “relevancia” de la prueba judicial

En nuestra opinión, la “relevancia” de la prueba se refiere a la utilidad de la información fáctica que contienen las fuentes de prueba. De este modo, siguiendo el predicamento anterior, corresponde de que en los procesos civiles se acepten como medios de prueba relevantes, todas aquellas fuentes que suministren información útil para confirmar o refutar los hechos controvertidos de la causa. Pensamos, pues, que el punto central está en la utilidad de las noticias que contengan las fuentes. En este sentido, como indica FERRER BELTRÁN, un elemento probatorio puede ser calificado como relevante “si, y sólo si, permite fundar en él (por sí solo o conjuntamente con otros elementos) una conclusión sobre la verdad del enunciado fáctico a probar”¹⁷⁰.

Una pauta sobre este tema la podemos encontrar en la regla 401 de las *Federal Rules of Evidence* norteamericanas, en la que se define la “prueba relevante” (“*relevant evidence*”) como aquella prueba que tiene la tendencia a hacer que la existencia de cualquier hecho significativo para la determinación de la acción, sea a su vez más o menos probable de lo que sería sin dicha prueba¹⁷¹.

Insistimos que, básicamente, el asunto da vueltas alrededor de la noción de utilidad probatoria. De modo que si una fuente de prueba contiene información útil para acreditar o refutar una afirmación de hecho acerca de la cual se discute en un juicio, esa fuente debe ser aceptada como un medio probatorio idóneo; de lo contrario, si la información es superflua para el caso, dicha fuente no puede ser usada como medio de prueba.

Para tales fines y por lo mismo, deben primar criterios lógicos y epistemológicos, con base en los cuales el tribunal pueda determinar hasta qué punto una fuente proporciona o puede proporcionar datos útiles para el juicio¹⁷². Siguiendo a TWINING, podríamos decir que la fuente de prueba (*information*) está llamada a cumplir un rol “potencial” como medio de prueba (*evidence*) relevante¹⁷³, y en tanto aparezca dicha potencialidad debe ser aceptada en juicio.

En cierta medida, estas nociones han estado presente en la jurisprudencia chilena, cuando se ha resuelto soslayar el análisis de pruebas “superfluas”, entiendo por éstas los elementos que están demás o que son innecesarios¹⁷⁴; o de pruebas calificadas como “inocuas” o “impertinentes” por no aportar mayores antecedentes a la resolución del conflicto¹⁷⁵.

c) Relación a partir de la “admisibilidad” de la prueba judicial

¹⁷⁰ FERRER BELTRÁN, J., *La valoración racional...*, cit., p. 71.

¹⁷¹ Textualmente prescribe lo siguiente: “‘*Relevant evidence*’ means evidence having any tendency to make the existence of any fact that is of consequence to the determination of the action more probable or less probable than it would be without the evidence” (Rule 401). Para una aproximación a esta regla, GRAHAM, MICHAEL H., *Federal Rules of Evidence. In a nutshell*, West Publishing, 4^a edic., Minnesota, 1996, pp. 73-89.

¹⁷² En cuanto a estos criterios, TARUFFO, M., *La prueba...*, cit., pp. 364-373; también FERRER BELTRÁN, J., *La valoración racional...*, cit., pp. 68-76.

¹⁷³ TWINING, W., “Evidence as a multi-disciplinary subject...”, cit., p. 441 y n. 30.

¹⁷⁴ Cfr. CS 23 agosto 1960, *RDJ* t. 57, sec. 1^a, p. 211.

¹⁷⁵ Cfr. CS 8 octubre 1964, *RDJ* t. 61, sec. 1^a, p. 304.

El otro aspecto a partir del cual podemos relacionar los contextos de las fuentes y los medios es el de la admisibilidad de la prueba judicial, el que concierne a la forma como determina la ley la idoneidad de los elementos probatorios utilizables en juicio. Vale decir, en este caso el centro de gravedad no se encuentra en el tema de la utilidad del dato empírico, sino en la aptitud que la legislación le reconoce para que sea empleado en una causa.

Es, por tanto, un factor jurídico¹⁷⁶. Como señala WRÓBLEWSKI, es el Derecho el que divide las pruebas en admisibles e inadmisibles, y lo hace a partir de criterios de axiología jurídica, a virtud de los cuales resuelve el capítulo de la idoneidad de los elementos probatorios mediante una ponderación de valores relativos a la verdad procesal, los derechos de las personas, la seguridad jurídica y ciertos fines institucionales del ordenamiento positivo¹⁷⁷.

De lo que se trata es de determinar en qué medida el legislador obstaculiza la finalidad cognoscitiva de la prueba judicial, prefiriendo alguno de los otros valores. Y se trata, además, de precisar cómo se cumple lo anterior, considerando dos grandes alternativas: una consistente en establecer un sistema cerrado, de tipo inclusivo, según el cual sólo pueden emplearse como medios de prueba aquellas fuentes que taxativamente señala la ley; otra consistente en optar por un modelo abierto y residual, donde la norma legal se limite a excluir o condicionar ciertas fuentes de prueba como medios probatorios admisibles¹⁷⁸.

Tomando en cuenta la complejidad del problema, por ahora únicamente podemos dar a conocer nuestra aproximación teórica y proponer un punto de referencia para el Derecho chileno.

Pensamos que con el propósito de cumplir con las exigencias de racionalidad que subyacen a todos los planteamientos precedentes, el régimen que debe imperar es el abierto, propio de los sistemas de *common law*, conforme al cual la ley debe permitir el uso de todos los elementos de prueba, a menos que una disposición expresa los excluya o limite¹⁷⁹. Es lo que señala la Regla 402 de las *Federal Rules of Evidence* de Estados Unidos de Norteamérica, al prescribir la admisibilidad de todas las pruebas (*evidences*) relevantes, exceptuadas las que concretamente excluyan las normas jurídicas de la Constitución, de las leyes, de tales reglas o de las provenientes del precedente judicial¹⁸⁰.

Expuesto con los términos que usamos en este trabajo, podríamos decir que el esquema de admisibilidad habría que abordarlo a partir del principio según el cual la ley debe aceptar como medios de prueba idóneos todas aquellas fuentes de prueba que no se encuentren excluidas o condicionadas por normas expresas.

¹⁷⁶ Así, TARUFFO, M., *La prueba...*, cit., pp. 373-378.

¹⁷⁷ Cfr. WRÓBLEWSKI, J., “La prueba jurídica...”, cit., pp. 179-183..

¹⁷⁸ Por todos, TARUFFO, M., *La prueba...*, cit., pp. 341-378, en especial, pp. 343-349, 357-364, 373-378.

¹⁷⁹ Sobre las soluciones que ofrece el *law of evidence*, TWINING, W., “What is the law of evidence...”, cit., pp. 192-236; ANDERSON, T., SCHUM, D., y TWINING, W., ob. cit., pp.78-111, 289-314; DAMASKA, MIRJAN R., *Evidence Law Adrifit*, Yale University Press, New Haven-London, 1997, *passim*, con un análisis general, en pp. 17-25.

¹⁸⁰ Textualmente indica: “All relevant evidence is admissible, except as otherwise provided by the Constitution of the United State, by Act of Congreso, by these rules, or by other rules prescribed by the Supreme Court pursuant to statutory authority. Evidence which is not relevant is not admissible” (Rule 402). Para una aproximación, GRAHAM, M., ob. cit., pp. 89-91.

Pensamos que este criterio podría relacionarse en parte con la norma del art. 428 CPC, cuando señala que en caso de existir dos o más pruebas contradictorias, “y a falta de ley que resuelva el conflicto”, el juez debe preferir “la que crea más conforme con la verdad”. Podría decirse que alguna medida el precitado art. 428 coloca a las normas legales en un sitio residual y de excepción: “a falta de ley que resuelva el conflicto”; y deja al criterio judicial en un plano preferente: la prueba que el tribunal “crea más conforme con la verdad”. Lo que podríamos relacionar con el criterio jurisprudencial, según el cual las normas legales en materia de prueba se limitan a dar “instrucciones generales” para “dirigir la apreciación de la prueba”, pero en definitiva la decisión final corresponde a los jueces, salvo aquellos casos puntuales en los que el legislador establece limitaciones para las pruebas¹⁸¹.

Así pues, las normas del art. 341 CPC y del art. 1698 inc. 2º CC, así como las disposiciones legales que señalan requisitos y limitaciones para los medios de prueba, no deben ser entendidas como preceptos que cierran el número de elementos probatorios, sino como reglas que fijan enunciaciōnes de fuentes de prueba jurídicamente idóneas, y que establecen requisitos y limitaciones que afectan a éstas para situaciones específicas. Por lo que el principio aplicable en nuestro sistema procesal civil podría ser similar al modelo de *law of evidence*, aceptando como medios de prueba todas las fuentes relevantes, en la medida que no estén excluidas o condicionadas por normas legales expresas.

Es, por lo demás, el criterio que consagran las leyes procesales del último tiempo, como el ya citado art. 28 Ley N°19.968 sobre Tribunales de Familia, el art. 1206 N°1 C de C y el art. 157 letra a) de la Ley de Navegación, y es la conclusión que, en nuestra opinión, imponen las exigencias de racionalidad y justicia del art. 19 N°3 inc. 5º de la Constitución.

7. CONCLUSIONES

- a) El fenómeno probatorio tiene tres grandes facetas (actividad, medio y resultado), una de las cuales dice relación con los elementos de prueba.
- b) Para un análisis completo de este fenómeno, la faceta referida a los medios debe descomponerse en dos niveles: uno previo y extraño al proceso, y otro judicial. Para una mejor exposición del tema, el primer nivel lo podemos individualizar con la expresión “fuentes de prueba”, y el segundo con el giro “medios de prueba”.
- c) En lo medular, ambos niveles son coincidentes en cuanto al carácter que presentan los elementos probatorios. En efecto, tanto fuentes como medios constituyen datos empíricos capaces de suministrar información útil para alcanzar un conocimiento probable de los hechos controvertidos en un juicio civil. En este sentido, las principales categorías de fuentes y medios están integradas por personas que guardan conocimientos sobre sucesos y por cosas que almacenan acontecimientos. Desde ahí brotan las informaciones fácticas que pueden usarse en las causas judiciales.
- d) Estos elementos se diferencian en cuanto al contexto. El contexto de las fuentes de prueba es de descubrimiento y el de los medios es de justificación. El primero es netamente cognoscitivo,

¹⁸¹ Cfr. CS 30 mayo 1953, *RDJ* t. 50, sec. 1^a, p. 173.

en tanto que el segundo tiene una base epistemológica aunque en él también juegan aspectos argumentativos. Esto significa que los medios de prueba se basan en las fuentes probatorias y en la información fáctica de éstas, pero como ingresan al escenario de debate del proceso jurisdiccional, son empleados por las partes para cumplir un rol argumentativo y por el juez para justificar su decisión.

e) Lo anterior no permite sostener que las fuentes o los medios constituyan meros instrumentos argumentativos. Desde luego, pues las fuentes se ubican en un plano ajeno a la argumentación. En el caso de los medios, su utilización en el plano procesal no los transforma en herramientas puramente persuasivas, como quiera que al fundarse en las fuentes de prueba tienen un origen indiscutiblemente epistemológico.

f) Un proceso civil que sólo cuente con instrumentos argumentativos, como croquis o maquetas, debe ser resuelto en virtud de los mecanismos que establece la ley para solucionar el problema de la falta e insuficiencia de prueba, en especial las normas de carga probatoria y de presunciones legales.

g) Un proceso civil que se inspire en la llamada concepción racionalista o cognoscitivista de la prueba, debe abordar la temática de los elementos probatorios desde la periferia del juicio hacia el interior de éste, sin circunscribirse a lo que disponen las normas jurídicas. Ello implica sostener la procedencia como medios de prueba idóneos de todos aquellos datos empíricos que existen en la realidad previa y ajena al juicio (fuentes de prueba), en la medida que contengan información relevante sobre los hechos de la causa y que no se encuentren excluidos o limitados por normas legales expresas.

h) En el sistema chileno puede sustentarse la aplicación del precitado esquema, en especial por virtud de la garantía del debido proceso legal consagrada en el art. 19 N°3 inc. 5° de la Constitución, que impone como exigencias básicas la racionalidad y justicia del régimen de enjuiciamiento.