

Ius et Praxis

ISSN: 0717-2877

jdelgado@utalca.cl

Universidad de Talca

Chile

Hunter Ampuero, Iván

Reglas de prueba legal y libre valoración de la prueba: ¿Cómo conviven en el Proyecto  
de Código Procesal Civil?

Ius et Praxis, vol. 23, núm. 1, 2017, pp. 247-272

Universidad de Talca

Talca, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19752296020>

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

Trabajo recibido el 11 de noviembre de 2015 y aprobado el 4 de abril de 2016

## Reglas de prueba legal y libre valoración de la prueba: ¿Cómo conviven en el Proyecto de Código Procesal Civil?

### RULES OF THE LEGAL EVIDENCE AND THE FREE ASSESSMENT OF EVIDENCE: HOW DO THEY COEXIST IN THE PROJECT OF CIVIL PROCEDURE

Iván Hunter Ampuero\*

#### RESUMEN

El presente trabajo tiene por finalidad brindar herramientas para operar en sistemas mixtos de valoración de la prueba. Se trata de verificar cómo es posible compatibilizar un sistema probatorio que, junto con predisponer el resultado de ciertos medios de prueba, remite a la libre valoración del juez los resultados probatorios de los otros medios. Para tal contexto se ha postulado la tesis de que las normas de prueba legal constituyen normas de presunción simplemente legales y, en último término, de carga de la prueba. El autor, junto con disponer las formas de derrotabilidad de las normas de prueba legal, sitúa su trabajo en la prueba instrumental bajo el contexto de la reforma al proceso civil chileno, que junto a la apreciación de la prueba conforme a la sana crítica, consagra normas de prueba legal para los instrumentos públicos y privados reconocidos.

#### ABSTRACT

The present work aims to provide tools to operate in mixed systems of assessment of evidence. It is a question of verifying how is it possible to make compatible an assessment system that, along with predisposing the result of certain means of proof, refers to the judge's self-assessment the evidential results of the other means. For this context, it has been postulated the thesis that the norms of legal evidence constitute simply presumptive legal norms and, ultimately, the burden of proof. The author, along with disposing of the forms of defeasibility of the norms of legal evidence, places its work in the instrumental proof under the context of the reform of the Chilean civil procedure, which, along with the assessment of the evidence according to the sana crítica, establishes legal evidence norms for recognized public and private instruments.

#### PALABRAS CLAVE

Libre valoración de la prueba, Valoración legal de la prueba,  
Presunciones legales, Carga probatoria.

#### KEYWORDS

Free assessment of the evidence, Legal assessment of the evidence,  
Legal presumptions, Burden of proof.

---

\* Abogado. Doctor en Derecho, U. Carlos III, de Madrid-España. Profesor de Derecho Procesal y Litigación Ambiental, U. Austral de Chile. El presente trabajo fue realizado en el marco y con financiamiento del Proyecto Fondecyt Regular Nº 1140986 (2014-2016) denominado "Conceptos fundamentales del derecho probatorio en Chile", cuyo investigador responsable es Rodrigo Coloma, y del cual el autor de este trabajo es coinvestigador.

## 1. Introducción

El proceso chileno en las últimas décadas ha ido liberándose paulatinamente de los sistemas probatorios tasados, caracterizados por una intensa regulación legislativa en torno a los medios de prueba admisibles y su valoración probatoria. En las últimas y más significativas reformas procesales (penal, del trabajo y de familia, y en algunas parcelas del proceso civil patrimonial) la valoración de la prueba se encuentra entregada a la libre apreciación del juez, y más concretamente, a las reglas de la sana crítica<sup>1</sup>. Sin embargo, a la luz de esta evolución, continúan, en otras parcelas del Derecho, algunos resabios de las pruebas legales o tasadas que conviven con los sistemas de libre apreciación.

Desde esta perspectiva emergen naturalmente una serie de preguntas: ¿es posible que en forma simultánea se deje entregada la valoración de la prueba a la libertad del juez y a la determinación legislativa previa del valor probatorio de ciertos medios de prueba? Dicho en otras palabras, y en términos más concretos: ¿Qué sucede cuando la ley atribuye un determinador valor probatorio a un medio de prueba que aplicando el libre convencimiento del juez no permite dar por establecida la existencia del hecho? ¿Cómo opera un juez que tiene el imperativo de estimar como probado un hecho a la luz de las normas legales de valoración y que al mismo tiempo considera que las otras pruebas disponibles, valoradas libremente, permiten establecer la inexistencia de dicho enunciado fáctico? En síntesis, cómo soluciona el juez la multiplicidad de casos en que los resultados probatorios que se encuentran legalmente predeterminados se contradicen (o plantean hipótesis alternativas) a los resultados probatorios que emana de una apreciación libre del juez.

Estas preguntas parecen muy relevantes en el contexto de la Reforma al Proceso Civil chileno. En el Proyecto de Código Procesal Civil, aprobado por la Cámara de Diputados el 7 de mayo de 2014 (en adelante PCPC), coexisten reglas de prueba legal para la valoración de la prueba instrumental (art. 307 PCPC) y la valoración libre entregada al juez conforme a las reglas de la sana crítica (art. 285 PCPC) respecto de los demás medios de prueba que no tienen asignada una regla de valoración específica<sup>2</sup>. Esta diversa regulación puede producir, en concreto, que

<sup>1</sup> Uno de los temas del derecho probatorio de lo que poco se ha escrito es acerca de la sana crítica. Hay consenso en que la sana crítica es una forma de valorar libremente la prueba, donde el juez queda sujeto a las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los principios científicamente afianzados. No es este el lugar para ahondar más en esta temática. Me remito: COLOMA y AGÜERO (2014), pp. 673-703; MATORANA (2014); COLOMA (2012), pp. 753-781.

<sup>2</sup> Agradezco la observación formulada por uno de los árbitros de este trabajo –que obviamente no conozco–, quien me hizo ver que los artículos 295 inciso 2º y 334 PCPC pueden ser considerados normas de valoración legal de la prueba. Sin embargo, he querido centrar el presente trabajo sólo en

la aplicación de las reglas de valoración legal de la prueba instrumental arroje resultados incompatibles con los que podría arribar el juez apreciando libremente los otros medios de prueba. En este sentido resulta fundamental la utilización de reglas de jerarquía en la valoración de la prueba y la decisión sobre los hechos como primer instrumento para operar en contextos de sistemas mixtos de valoración de la prueba. Sin embargo, y como se dirá más adelante, estas reglas no han sido diseñadas en el PCPC. En lo sucesivo entonces utilizaré la dicotomía recién indicada para graficar los contextos en que opera el problema de los resultados probatorios incompatibles en sistemas probatorios mixtos<sup>3</sup>.

La tesis que barajará en este trabajo es que las normas de prueba legal pueden operar en sistemas de valoración libre conforme a la sana crítica, para lo cual tienen que entenderse como normas de presunción simplemente legales (inferencias probatorias normativas) y, en último término, como reglas de carga de la prueba. De esta manera, si se establecen los presupuestos de hecho que sirven para la aplicación de la norma de prueba legal, el juez tendrá por probado los hechos que constituyen las consecuencias jurídicas de esas normas, sin que sea necesario, en consecuencia, desarrollar un esfuerzo probatorio adicional. Por otro lado, quien desee demostrar un hecho contrario al establecido aplicando las normas de prueba legal puede hacerlo, pero corre con la carga de acreditar una inferencia incompatible o contraria, es decir, se trata de normas derrotables, que no deben ser aplicadas cuando el juez apreciando libremente los demás medios de prueba confirme en un grado suficiente el hecho contrario o incompatible al presumido legalmente. Ahora bien, como se trata de reglas que se justifican en valores que el ordenamiento desea proteger, incluso, por sobre la obtención de la verdad, en algunas ocasiones podrían estar sometidos a estándares de derrotabilidad más altos que para las hipótesis normales. Esta tesis supone apartarse de las viejas concepciones de la prueba legal entendidas como mecanismos que establecen presunciones absolutas, inderrotables, que impiden cualquier esfuerzo probatorio destinado a demostrar la falsedad de los enunciados que establecen, para ser comprendidas en tanto mecanismos de ayuda a la reconstrucción de los hechos como también detentadoras de ciertos valores que el ordenamiento estima dignos de persecución<sup>4</sup>.

---

la prueba documental e instrumental, por ser éstas las de mayor importancia y trascendencia en los procesos civiles.

<sup>3</sup> Se trata, como explica COLOMA (2012) p. 754, de explorar uno de los casos en que el sistema de sana crítica encuentra problemas de demarcación con las normas de prueba legal. Véase además: FUENTES (2011), pp. 119-45.

<sup>4</sup> Evidentemente que dentro de esta tesis subyace implícita una determinada concepción ideológica de la prueba que no es compartida por toda la doctrina. En efecto, existe parte de la doctrina que entiende

Comenzaré este trabajo (2) haciendo referencia a la valoración de la prueba, precisando su diferencia con el momento de decisión acerca de los hechos; posteriormente (3) plantearé las relaciones existentes entre las reglas probatorias y las normas de prueba legal, como también entre éstas y la libre apreciación de la prueba. Luego (4) describiré e intentaré justificar mi hipótesis o tesis, que entiende a las normas legales de la prueba como reglas de presunción simplemente legales y de carga. A partir de esta tesis se pretende (5) proponer una serie de distinciones de las hipótesis de colisión en los resultados probatorios. Finalizaré (6) proponiendo algunos mecanismos para operar en los sistemas probatorios mixtos y, muy especialmente, definir cómo se derrotan las normas de prueba legal, para luego (7) dar mis conclusiones.

## 2. ¿Qué es valorar la prueba?

El concepto de valoración de la prueba no tiene un significado único y pacífico en la doctrina del Derecho Procesal. En ocasiones sus definiciones suelen ser algo toscas, y están ligadas a las exigencias de motivación de la sentencia, en la medida que el valor que se le atribuye a los medios de prueba deben estar contenidos en la motivación. Sin embargo, lo más frecuente es que la valoración de la prueba se confunda con el *juicio de decisión* de los hechos propiamente tal. Por lo general se dice que el resultado de la valoración de la prueba nos lleva a la determinación acerca de la existencia o inexistencia de un hecho. Por tal razón, el juez debería necesariamente tomar una decisión luego de que realiza el ejercicio de valoración de la prueba, aceptando o rechazando la existencia de las hipótesis sustentadas por las partes. No habría ninguna diferencia entre la evaluación del grado de probabilidad de la existencia de una hipótesis y la decisión acerca de su existencia<sup>5</sup>.

Sin perjuicio de este lenguaje que suele ser común entre los juristas del Derecho Procesal, está aceptado por la doctrina que es perfectamente posible concebir a la valoración de la prueba como un instante anterior al de la decisión sobre los hechos<sup>6</sup>. En efecto, valorar la prueba es determinar el *grado de probabilidad* que tienen las hipótesis fácticas de acuerdo a la información que arroja la prueba disponible. Valorar la prueba es definir o evaluar el *grado de*

que la función de la prueba no es lograr la verdad de los enunciados fácticos, sino que la convicción del juzgador acerca de la existencia de unos hechos. Véase en Chile: PALOMO (2007) p. 186. Y para el Derecho Comparado, véase: DE LA OLIVA (1991), p. 465; FURNO (1954), p. 21; SERRA (1969), p. 376; GRASSELLI (2000) p. 3; MONTELEONE (2007), p. 865, MUÑOZ (1993), pp. 59 y ss.; MIRANDA (1997), p. 21.

<sup>5</sup> Véase en este sentido las definiciones de: GARBERÍ y BUITRÓN (2004), pp. 107 y ss.; MONTERO (2005), p. 544.

<sup>6</sup> GASCÓN (2012), pp. 58-59; FERRER (2007), p. 45. Para nuestro país, véase: ACCATINO (2011), pp. 485 y ss.

apoyo que una afirmación fáctica tiene de acuerdo a las pruebas practicadas en el juicio<sup>7</sup>. La valoración de la prueba siempre opera sobre un conjunto de información que es el resultado de la práctica de las pruebas propuestas por las partes y el juez, información que incidirá directamente sobre el grado (mayor o menor) de probabilidad que pueda tener una afirmación. Si este conjunto de información es contundente (ya sea porque los medios de prueba son más fiables, la información más directa en relación al hecho materia de prueba, etc.) la probabilidad de que el enunciado fáctico exista es mucho mayor. Por el contrario, si este conjunto de información presenta lagunas o contradicciones, la probabilidad de que la hipótesis fáctica sea verdadera disminuye. Todo este ejercicio de valoración debería estar guiado por criterios generales de razonabilidad epistémica, esto es, por un lado, una regla de general admisibilidad de los medios de prueba relevantes para la decisión y, por el otro, un sistema de completa libertad del juzgador al momento de valorar la prueba<sup>8</sup>.

Esta aproximación de la valoración de la prueba sólo permite estimar grados de confirmación de una hipótesis de hecho. Luego, para saber si ese grado de probabilidad o confirmación es *suficiente* para determinar la *existencia* de la hipótesis, se deberá aplicar un estándar de prueba. Son los estándares de prueba, en consecuencia, los que sirven para tomar una decisión sobre los hechos, pues nos indican cuáles son los grados de confirmación o probabilidad necesarios para que el hecho pueda considerarse verdadero en una determinada clase de proceso<sup>9</sup>. Frente a esto es posible que una hipótesis fáctica cuente con un grado de confirmación alto, es decir, la información que arrojan los medios de prueba prestan apoyo a ese hecho, pero que aun así sea insuficiente para estimar su existencia. Esto ocurre, por ejemplo, cuando el estándar de prueba es muy exigente como en materia penal, en que las hipótesis que sustentan la culpabilidad del acusado tienen que gozar de un grado de probabilidad capaz de ir más allá de toda duda razonable. En términos muy simples: “la *valoración* en sentido estricto, consiste en *medir la probabilidad*; la *decisión*, en aplicar al resultado de esa *valoración* el *estándar de prueba* establecido”<sup>10</sup>.

Como se puede apreciar (al menos en un sistema de apreciación libre) la valoración de la prueba no conduce automáticamente a la decisión acerca de la existencia de un hecho, sino sólo a la medición de su grado probabilidad lógica de acuerdo a la información que arroja la prueba disponible. Esto explica que

<sup>7</sup> FERRER (2009), pp. 45 y 46 y GASCÓN (2012) p. 58.

<sup>8</sup> BAYON (2008), p. 7 y CARRARA (2003), p. 47.

<sup>9</sup> HAACK (2013), p. 69; FERRER (2007), p. 47; ACCATINO (2011), pp. 485 y ss.

<sup>10</sup> GASCÓN (2012), p. 58.

sea perfectamente posible que un determinado grado de apoyo, confirmación o probabilidad de un hecho pueda considerarse suficiente en una determinada clase de proceso (como el civil patrimonial), pero en otra clase de proceso (penal) ese mismo grado de apoyo no lo sea.

Por otra parte, cuando se habla de normas de prueba legal suele haber cierto consenso en que se trata de reglas dispuestas por el legislador que establecen anticipadamente el valor de verdad que se atribuye a un medio de prueba<sup>11</sup>. Constituyen normas jurídicas que fuerzan al juez a tener por cierto un hecho más allá de cualquier convicción personal (versión persuasiva de la prueba), y por sobre cualquier probabilidad o apoyo que encuentre la hipótesis fáctica en la prueba (versión cognoscitiva de la prueba).

Ahora bien, el modelo de prueba legal o tasada es, en este sentido, bastante particular dado que no sólo actúa estableciendo un hecho, sino que, además, graduando *ex ante* su probabilidad de ocurrencia. Se trata, sin embargo, de valoraciones que operan en términos puramente negativos, pues impiden al juez dar por establecido el hecho objeto de la prueba con el resultado del medio de prueba regulado por el legislador<sup>12</sup>. Esto es lo que sucede, por ejemplo, con el actual sistema de valoración probatoria aplicable a los juicios civiles patrimoniales, que combina reglas de prueba legal con espacios de libre valoración, contenidas tanto en el CPC como en el CC. Estos cuerpos legales distinguen distintas nociones relacionadas con la valoración de la prueba: por un lado, hay medios de prueba que hacen “plena prueba” respecto de un hecho (o prueba completa) donde el legislador actúa decidiendo anticipadamente la determinación verdadera de una hipótesis fáctica. Es la propia norma jurídica la que dice cuándo un hecho debe entenderse probado. Se trata aquí de normas de valoración en su sentido más duro, dado que imponen al juez una verdad que prescinde de su libre apreciación acerca de la existencia del hecho. También nos encontramos con reglas de prueba en un sentido negativo (como aquellas que establecen la semiplena prueba) donde el legislador manifiesta la necesidad de que la información que proporciona un cierto medio de prueba tenga que

<sup>11</sup> Véase, GASCÓN (2010), p. 141. También véase pionero trabajo de FURNO (1954), pp. 141 y siguientes, especialmente pp. 161-163. Señala Forno, en p. 163: “Por tanto; toda regla de prueba legal *stricto sensu* presenta, en síntesis, el resultado de un proceso intelectual de valoración histórico-crítica, desarrollado en la mente del legislador; resultado que se concreta en la manifestación imperativa de una convicción de certidumbre histórica”.

<sup>12</sup> CARRARA (2003), p. 28, describe esas disposiciones como aquellas cuya misión es “fijar un grado de determinación mínimo necesario para el pronunciamiento de la decisión definitiva”. Este tipo de reglas fueron las que llegaron a primar en el derecho romano-canónico, pues impiden la libre determinación del hecho aunque el juez pueda estar convencido del mismo. Véase, DAMASKA (2015), p. 34.

ser corroborada por otros medios para lograr el establecimiento del hecho<sup>13</sup>. Por último existen normas que predicen grados de probabilidad inferiores, que por sí solas no sirven para determinar la existencia del hecho, sino que requieren de corroboraciones más elocuentes, como las que sirven de base de presunción judicial (art. 383 inciso 1º CPC)<sup>14</sup>.

En resumen, si valorar la prueba consiste en medir el grado (probabilidad lógica) de apoyo o respaldo que tiene una determinada hipótesis fáctica a la luz de la información que emana de la prueba disponible, entonces, las reglas legales más duras de valoración no son propiamente de valoración de la prueba, sino reglas de decisión acerca de la existencia de un hecho. El legislador, en este sentido, va graduando anticipada y abstractamente para cada categoría de medio de prueba el grado de verdad que le merecen, empezando por las que sólo le sirven –erróneamente– de “base de presunción judicial”, pasando por las que hacen “semiplena prueba”, y concluyendo por aquellas que constituyen “prueba completa del hecho”. Estas últimas no son reglas de valoración sino de decisión acerca de los hechos, desde que la norma jurídica actúa derechamente imponiendo un resultado probatorio completo.

### 3. Reglas de prueba, de valoración legal y sana crítica

Anteriormente he indicado que las normas de prueba legal definen *ex ante* el valor de certeza que se le atribuye a un medio de prueba. Por lo general, se trata de normas contraepistémicas desde que fuerzan a determinar la existencia de un hecho, incluso, en contra de lo que la libre apreciación puede hacer para determinar la existencia de un hecho. Sin embargo, hablar de reglas de valoración de la prueba no es lo mismo que hacer referencia a la existencia de normas jurídicas en la prueba. Que existan reglas de origen legal en un proceso judicial no es algo que por sí pueda considerarse contrario a un contexto en que la decisión sobre la existencia o inexistencia de un hecho requiere ajustarse lo máximo posible a la realidad histórica o empírica. El legislador, por lo general, regula con mayor o menor intensidad la actividad probatoria en el marco del proceso judicial<sup>15</sup>. No podría ser de otra forma desde que siempre confluyen

<sup>13</sup> Disposición como ésta hay varias en el CPC, y reflejan claramente un error conceptual producido seguramente por el precario estado de la ciencia jurídica.

<sup>14</sup> Muy bien explica Jordi Nieva de que “la prueba legal o tasada, o la valoración legal o tasada de la prueba no es más que un intento de orientar la valoración probatoria del juez, guiándola en menos o en más, hasta convertirse en una norma que no le deja margen de discrecionalidad, momento en el que se transforma en una auténtica norma de prueba legal, como más adelante se concretará”. NIEVA (2010), p. 49.

<sup>15</sup> FERRER (2002), pp. 41-54; GARCÍA (2014), pp. 45-46.

intereses que podrían ser contrapuestos y que tienen que ser discernidos por el legislador; por ejemplo, la necesidad que los procesos concluyan o que el procedimiento probatorio sea racional, suele justificar reglas de preclusión en la proposición de la prueba, que en ocasiones pueden mermar la posibilidad de alcanzar decisiones verdaderas. Las normas de prueba legal, sin embargo, condicionan el resultado del proceso<sup>16</sup>, fijando en forma definitiva la existencia de un hecho, y por eso que pueden ser cuestionadas.

Reglas legales de valoración de la prueba y el libre convencimiento del juez evocan todavía conceptos percibidos como polos antitéticos entre los posibles métodos de aproximarse al material probatorio adquirido en un juicio<sup>17</sup>. Y ciertamente lo son desde que obedecen a momentos históricos distintos y a una diferente concepción del hombre en relación con la sociedad y la política. En efecto, el tránsito de las normas de prueba legal a los sistemas de valoración libre de la prueba se produce como consecuencia de un cambio en el método científico, hasta ese momento entendido en su tradición aristotélico-tomista. Esta nueva concepción se encuentra ligada más a la percepción directa y crítica de la realidad que a la mecánica aplicación de principios apriorísticos de aquella superada tradición<sup>18</sup>. La apriorística de la escolástica y del cartesianismo que estaban enraizados en la prueba legal, son superadas por esta nueva filosofía, en que el conocimiento –también en el campo de la prueba judicial– es comprendido a través de la razón, a partir del intelecto del individuo, basándose en la observación directa y crítica de los hechos<sup>19</sup>.

Por otro lado, el sistema de la prueba legal si bien sería drásticamente condenado a un paulatino abandono en los siglos sucesivos, no estaba privado de una lógica interna ni se puede considerar anticipadamente irracional. En su concepción original fue concebido como un contrapeso al poder del juez, y respondía a la exigencia –casi ineludible de aquella época– de limitar el siempre peligroso arbitrio judicial<sup>20</sup>, lo que se lograba dando absoluta preeminencia al

<sup>16</sup> Lo que aquí se dice acerca de la prueba legal es una extrema simplificación, atendido que su desarrollo y clasificaciones en la doctrina comparada han sido múltiples y, por cierto, mucho más científicas que la existente en nuestro país. Véase. CANESTRELLI (2010), pp. 47 y ss.

<sup>17</sup> IACOBONI (2006), p. 1.

<sup>18</sup> IACOBONI (2006), p. 1.

<sup>19</sup> IACOBONI (2006), p. 2.

<sup>20</sup> Véase: TARUFFO (2008), p. 134. Modernamente se suele afirmar, aunque con menor fuerza, que es posible encontrar otro tipo de justificaciones a las reglas de prueba legal. Se dice que éstas operarían como restricciones a la libre valoración cuando ésta es entendida como libertad total o convicción íntima, es decir, para impedir que el juez forme su voluntad sólo con su puro convencimiento y alejado de cualquier información que respalde en grado suficiente la hipótesis de hecho, e incluso podrían justificarse frente a la presencia de un juez con pocas habilidades epistemológicas. Véase, GONZÁLEZ

momento normativo por sobre la experiencia del caso concreto. A lo anterior se une que el sistema judicial estaba fragmentado y se caracterizaba por una inadecuada formación cultural y técnica de los jueces. Esto demuestra la recíproca interferencia entre la estructura procesal y normas de organización judicial<sup>21</sup>, de manera que la desconfianza hacia los jueces debía ser controlada por medio de la estricta sujeción a las normas de prueba legal<sup>22</sup>.

Hoy es naturalmente muy difícil afirmar que la finalidad perseguida por el legislador con la mantención de áreas de valoración legal de la prueba resida en el intento de evitar el riesgo de un uso arbitrario, de parte del juez, de sus poderes de valoración<sup>23</sup>. En realidad se puede constatar que la razón por la mantención de normas de prueba legal reposa sobre otras aristas diferentes al temor del arbitrio del juez, emergiendo así exigencias de valor procesal (como, por ejemplo, la ligada a la peculiar naturaleza del proceso), o valores del tipo sustantivos, como la seguridad y certeza jurídica en las relaciones y tráfico económico, e incluso en la fe pública<sup>24</sup>. Como bien señala la doctrina, si se piensa en las razones en el ámbito civil que llevan a dar valor a la prueba legal –en particular a los medios de prueba como la confesión judicial y el juramento decisorio–, se podrá apreciar que envuelven, ante todo, cuestiones realmente ideológicas, como es el poder dispositivo de las partes sobre las atribuciones decisionales del juez<sup>25</sup>.

En todo caso, la histórica contraposición entre estos dos modelos de valoración de la prueba no está resuelta en la superación *tout court* del sistema de la

(2014), p. 99. Otros autores también entienden que las normas de prueba legal suelen positivizar algunas reglas de la experiencia, lo que se ha producido como un avance histórico frente a repetidos errores de valoración de unos jueces. Véase DE LA OLIVA (1991), p. 289.

<sup>21</sup> IACOBONI (2006), p. 2.

<sup>22</sup> Se explica por la doctrina que las normas de prueba legal pretendieron eliminar la indeterminación de las fórmulas legislativas utilizadas en materia de valoración de la prueba, sea para reducir al mínimo la discrecionalidad del juez en la elección del método y de los criterios para realizar dicha operación, sea para fijar un grado de determinación mínimo necesario para pronunciamiento de la decisión definitiva. CARRARA (2003), p. 28; VERDE (1998), p. 10; PATTI (1983), p. 488, y TARUFFO (2008), p. 134.

<sup>23</sup> IACOBONI (2006), pp. 8-9; VERDE (1998), p. 10. En el *common law*, atendido el sistema de jurado, las denominadas “reglas de corroboración probatoria” (similar a nuestras normas de prueba legal) asumen un carácter restrictivo de la libertad de decisión, dado que frente a la ausencia de los requisitos establecidos por la ley para la prueba de un hecho, se impide al jurado tenerlo por probado más allá de si están personalmente convencidos de su existencia. Véase, DAMASKA (2015), p. 34.

<sup>24</sup> Como se explica por la doctrina las razones para el valor probatorio asignado en las pruebas tasadas no tiene un carácter epistémico –aunque también podrían tenerlo–, sino más razones de tipos económicas, políticas, religiosas, de seguridad jurídica, etc., y por ello se consideran verdaderas pruebas taxativas en cuanto son razones suficientes para la prueba del hecho. GARCÍA (2014), p. 57.

<sup>25</sup> IACOBONI (2006), pp. 8 y 9.

prueba legal. Actualmente se habla más acerca de la existencia de un sistema mixto, en el cual el libre convencimiento opera efectivamente en todo aquello que la voluntad de la ley no determina preventivamente el valor atribuible a una prueba<sup>26</sup>. Un sistema que conforma un balance sobre dos aproximaciones de la prueba: cuando no opera un criterio base que es el libre convencimiento del juez (aproximación racional y epistemológica), actúa otro criterio establecido en una norma específica, y que desarrollará sus efectos vinculantes para el juez (aproximación normativa e institucional de la prueba).

#### **4. Reglas de valoración legal de la prueba como normas de presunción simplemente legales y carga de la prueba**

Efectuadas las prevenciones anteriores acerca de cómo funcionan las normas de prueba legal en la valoración de los resultados probatorios, la tesis que postulo en este trabajo es la siguiente: las normas de prueba legal deben considerarse normas de presunción, y dentro de ellas como *iuris tantum* o simplemente legales, de manera que el predicado que disponen cuando se produce la hipótesis fáctica que autoriza la aplicación de la norma legal de valoración, es susceptible de un juicio de falsedad o verdad mediante su comparación con la incidencia de los otros medios de prueba en el resultado probatorio final. De esta manera, si alguno de los litigantes quiere desvirtuar los efectos de la presunción correrá con la carga de la prueba, asumiendo los riesgos de la falta o insuficiencia de la hipótesis contraria o alternativa a la presumida legalmente.

Esta postura no es indiferente a una determinada concepción ideológica del proceso y de la prueba. Postular que las normas de prueba legal son derrotables por la libre valoración de la prueba implica dar cabida a la verdad en la toma de decisiones sobre los hechos, ya que la determinación formal de éstos puede quedar superada por la información que proporcione la prueba libremente producida y valorada por el juez. Por el contrario, si se llegase a sostener que las normas de prueba legal se corresponden con las presunciones de derecho, entonces bloquearíamos toda posibilidad de que la verdad pueda primar sobre la determinación formal de los hechos, precisamente por el carácter inderrotables de éstas.

Por otro lado, que desde una perspectiva estructural se afirme que las normas de valoración legal deben ser consideradas normas de presunciones simplemente legales quiere decir que éstas constituyen un tipo de razonamiento que enlaza o relaciona dos eventos sobre la base de una máxima de la experiencia

<sup>26</sup> IACOBONI (2006), p. 6; PATTI (1983), p. 489.

o garantía<sup>27</sup>. Ellas se construyen, al igual que una norma de presunción, partiendo de un acontecimiento que se considera anticipadamente por el legislador como la típica antesala de otro evento, por existir una relación de probabilidad o normalidad entre ambos. Este primer evento se conoce como *hecho base o probatorio*, y su ocurrencia se considera *razón suficiente* para derivar el hecho presumido<sup>28</sup>. Este hecho base debe probarse a su vez en el proceso, de acuerdo a las normas de valoración de la prueba contenidas en el ordenamiento.

En concreto, cuando se utilizan normas de prueba legal, y especialmente las de la prueba instrumental, el legislador presume que está probada una determinada hipótesis fáctica (otorgamiento, fecha y declaraciones de un instrumento público), cuando hay elementos de juicio suficientes para tener por probado el hecho base o probatorio, que en este caso es la presencia de un instrumento público o privado reconocido en el proceso. Se trata, por tanto, de un razonamiento probatorio que a diferencia del libremente construido por el juez tiene su origen en la ley. De igual forma, no dispensa a la parte de la prueba, sino que simplemente modifica el objeto de la misma<sup>29</sup>. Tanto en la prueba legal como en la presunción se deberá establecer fehacientemente el hecho base o probatorio, que corresponde a la existencia de un instrumento público o uno privado reconocido.

Ahora bien, siguiendo a Gascón<sup>30</sup>, las presunciones (así como también las reglas de prueba legal) son medios técnicos destinados a garantizar ciertos valores mediante la asignación y regulación de la carga de la prueba, al establecer una regla de decisión final (regla de juicio) que debe aplicar el juez frente a circunstancias específicas. En uno como en el otro caso, es la ley misma la que ofrece un criterio de resolución de la controversia. Difieren obviamente en su perfil lógico temporal. El efecto de la prueba legal opera *a priori*, mientras que la carga de la prueba sólo cuando el juez no ha alcanzado su mínimo convencimiento en grado de dar una decisión sobre el establecimiento del hecho<sup>31</sup>. De esta manera, la prueba legal impone normativamente considerar como cierto un hecho a menos que se demuestre lo contrario. Si la prueba en contrario del hecho legalmente presumido carece de un grado de probabilidad suficiente para derrotarlo, las normas de prueba legal operan como regla de juicio, decidiendo el pleito a favor de quien

<sup>27</sup> Véase al respecto, IACOBONI (2006), pp. 33-36; GARCÍA (2014), p. 49; GONZÁLEZ (2014), p. 88; FERRER (2002), p. 52. Ferrer niega que las presunciones constituyan normas de prueba legal, separándose de la tesis de Furno, que por el contrario, consideraba a las normas que establecen presunciones como reglas de prueba legal. Para Ferrer la prueba legal tiene una estructura similar a la presunción.

<sup>28</sup> FERRER (2002), p. 52.

<sup>29</sup> DAMIAN (2007), p. 17 y FERNÁNDEZ (2006), pp. 132 y 133.

<sup>30</sup> GASCÓN (2010), p. 125.

<sup>31</sup> IACOBONI (2006), p. 27.

se encuentra favorecido por la norma legal de valoración. Dicho en otros términos, entre las presunciones legales y la carga probatoria existe una estrecha relación. Cuando el legislador dispone la existencia de presunciones modifica el objeto de la prueba, lo que supone en muchas ocasiones una facilitación probatoria para una de las partes. De esa manera se genera una distribución “dinámica” de la carga probatoria, pues si el litigante logra establecer el hecho probatorio (esto es, el hecho base que constituye el presupuesto fáctico de la norma jurídica que contiene la presunción), entonces, la contraparte correrá con la carga de probar la inexistencia de los efectos que legalmente se presumen. Y en ese sentido, la presunción legal funciona como regla de juicio, desde que le indica al juez qué parte debe sufrir las consecuencias de la falta o insuficiencia en la prueba de los hechos que desvirtúan la presunción.

Dado lo anterior, al igual que las presunciones legales, las reglas de la prueba tendrían una doble finalidad: en primer lugar, no están definidas para describir una verdad ni siquiera hipotética, sino para salvaguardar ciertos valores que el ordenamiento considera digno de protección, asignando a la parte contraria la carga de desvirtuar el contenido de su inferencia<sup>32</sup>. En segundo lugar, las normas de prueba legal constituyen también mecanismos de facilitación de la prueba de un hecho, cuando éste puede resultar especialmente fatigoso o extremadamente complejo de determinar en juicio<sup>33</sup>, coadyuvando a la toma de decisiones.

## 5. Hipótesis de confrontación entre los resultados probatorios de la prueba legal y de la libre valoración de la prueba

### 5.1. Hipótesis en que el juez considera que un hecho no está probado, pero aplicando las reglas de prueba legal debe declararlo probado

Existen situaciones donde la libre apreciación de la prueba conduce a resultados no concluyentes acerca de la existencia de la hipótesis fáctica, pero al

<sup>32</sup> GASCÓN (2010), p. 126. Al respecto la autora indica que “Las presunciones *iuris tantum* (...) no proporcionan información empírica a través de elementos de prueba sino que son tan sólo normas jurídicas que, en consideración a ciertos valores, imponen dar por verdadera una situación que podría ser falsa pero al mismo tiempo permiten que la verdad se haga valer mediante prueba en contrario”. p. 130. Aguiló, por su parte, opina que “desde que la perspectiva procedural o dialéctica cumplen (las normas de presunción) también la función de distribuir la (s) carga (s) de la argumentación o de la prueba”. AGUILÓ (2008), p. 92.

<sup>33</sup> GASCÓN (2010), p. 26; COMOGLIO (2004), p. 104 y TARUFFO (2009), p. 292. En general es mucho más fácil (pero además más fiable) entender que el instrumento fue otorgado en una determinada fecha y que se hicieron unas declaraciones por los otorgantes, que citar al proceso al funcionario público ante quien se otorgó el instrumento o a la persona que intervino en su creación, para que sean ellos los que suministren información acerca de la existencia del instrumento, la fecha del otorgamiento y sus declaraciones. Por eso la existencia de normas de prueba legal en un determinado ordenamiento jurídico se justifica también por razones económicas.

operar las normas de prueba legal al juez no le queda otro camino que asignar el valor verdad que anticipadamente le dice el legislador. Se produce aquí la disyuntiva más perversa de las normas de prueba legal desde que el Derecho fuerza al juez a considerar determinados enunciados fácticos como probados más allá de que las pruebas aportan elementos de información contrarios a la determinación verdadera del hecho<sup>34</sup>. En un sistema de libre apreciación el juez puede dar por no probado un hecho cuando éste no ha logrado un grado de corroboración suficiente, lo que no sucede en la prueba legal<sup>35</sup>.

En este contexto las normas de valoración legal de la prueba se imponen frente a la libre apreciación del juez, generando “verdades formales” que se alejan de la racionalidad epistémica que debiese utilizarse para la decisión de las hipótesis fácticas. La determinación judicial de la verdad queda palmariamente subordinada a un interés o valor que el legislador considera superior como es la certeza y seguridad jurídica en las relaciones económicas.

En esta perspectiva las reglas de valoración de la prueba cobran toda su fuerza contraepistémica, afectando la justicia de la decisión. En efecto, como el juez está vinculado por la norma legal de valoración, debe considerar que el enunciado fáctico se encuentra probado aplicando posteriormente la norma jurídica que corresponda a ese presupuesto fáctico. Esto se traduce, en términos muy sencillos, en que el juez está aplicando una norma jurídica –y, por ende, adjudicando las consecuencias jurídicas al caso concreto– a un acontecimiento cuya verdad no pudo racionalmente ser comprobada, o que, más bien, racionalmente se determinó su inexistencia. Es difícil considerar justa una decisión que se base en un dato fáctico que racionalmente no se pudo verificar.

Una decisión judicial asentada en la “verdad formal” puede considerarse suficiente en aquellos sistemas procesales que se orientan a la pura resolución de conflictos, donde la seguridad y certeza jurídica constituyen valores cardinales<sup>36</sup>. Para este modelo el proceso civil debe cumplir una función eminentemente

<sup>34</sup> En las normas de presunción, a las que pertenecen las normas de prueba legal, el juez tiene prohibido abstenerse de formular la inferencia probatoria que la ley manda a extraer cuando se cumple la premisa. De ahí que los resultados probatorios son siempre forzados, y nunca voluntarios. PEÑA y AUSÍN (2001), p. 97.

<sup>35</sup> En la prueba instrumental, la razón principal por la que es posible generar esta disyuntiva obedece a que el legislador formula un juicio abstracto en relación al medio de prueba, que se desentiende absolutamente de las circunstancias específicas del instrumento. En la prueba legal se establece el resultado de un medio de prueba genérico, aplicable a todos los medios que se encuentren en la categoría definida por la ley; mientras en la prueba libremente apreciada, el resultado probatorio lo será de un medio de prueba específico. Por eso, en el primer caso, la atribución es siempre anticipada –y consecuencia, más segura– mientras que en el segundo la atribución del valor probatorio es siempre posterior a su producción en juicio. Véase, FERRER (2002), p. 51.

<sup>36</sup> DAMASKA (2000), pp. 135 y ss.

pragmática, puesto que se destina a lograr la paz social mediante la extirpación del conflicto<sup>37</sup>, por lo que las normas legales de valoración de la prueba se muestran como un expediente instrumental a ese fin. En cierta forma las normas de valoración legal de la prueba permiten resolver con mediana facilidad los múltiples conflictos que pueden suceder en la determinación de los hechos, haciendo menos engorrosa y más barato el ejercicio de la jurisdicción, en un contexto donde lo relevante es el momento decisional y no el contenido.

El fin pragmático del proceso civil fue llevado a sus extremos durante el siglo XIX. La mirada del jurista y de los ordenamientos europeos y latinoamericanos se encontraba fuertemente influenciada por el carácter privado y disponible del objeto del proceso<sup>38</sup>. En un escenario donde no se apreciaba ningún fin público ligado a la decisión judicial (más allá de la pacificación de los conflictos) las normas de prueba legal tuvieron un gran auge, pues servían para un fin (que era resolver un conflicto), aunque la decisión no era necesariamente justa.

Desde luego que una concepción como ésta se encuentra en franca retirada en muchas latitudes. La jurisdicción y el proceso civil no pueden ser considerados mecanismos cuya finalidad se agote en la pura resolución de conflictos. En su concepción más moderna y ajustada a un Estado de Derecho, el proceso civil (y más ampliamente la jurisdicción) es un instrumento de tutela y garantía de los derechos subjetivos e intereses legítimos mediante la actuación del orden jurídico<sup>39</sup>. El Estado no saca nada con reconocer al ciudadano la titularidad de un derecho o interés sino lo garantiza jurisdiccionalmente. En consecuencia, si la consagración de un derecho es consustancial a su protección, entonces el proceso civil debe orientarse a obtener *decisiones justas basadas en la verdad*, puesto que ésta sería la única forma de tutelar efectivamente los derechos de los ciudadanos. Hay un claro apego a la denominada “ideología legal-racional” de la decisión, por la cual la decisión para ser considerada justa no debe estar fundada

<sup>37</sup> MORENO y CORTÉS (2004), p. 46.

<sup>38</sup> COMOGLO (2004), p. 104. Desde este punto de vista, el principio dispositivo fue interpretado en un sentido lato, por el cual los ciudadanos podían disponer de modo absoluto de sus derechos subjetivos e intereses objeto de la tutela jurisdiccional y, además, producto de esa disponibilidad, de los actos del proceso. El referido principio comprendía tanto la esfera material de la tutela jurisdiccional (relación jurídico-material) como el cauce por el cual el Estado prestaba la tutela (relación jurídico-procesal). Cabe precisar que esta escisión cayó a principios del siglo XX cuando la doctrina –siguiendo esencialmente el pensamiento de Liebman– separó, por un lado, el derecho exclusivo de las partes de proponer el proceso y de pedir la tutela jurisdiccional, de otra regla de la iniciativa de las partes en la instrucción de la causa. El primero, conocido como principio dispositivo, coloca su atención en la titularidad de los particulares sobre los derechos objeto del proceso y el segundo, por el contrario, conocido como principio de aportación de parte, se enfoca al desarrollo formal del proceso. Véase: LIEBMAN (1960), pp. 551 y 552.

<sup>39</sup> TARUFFO (2009), p. 22 y COMOGLO (1991), p. 675.

sobre una reconstrucción inatendible de los hechos<sup>40</sup>. Así la *justicia de la decisión* toma como condición necesaria aunque no suficiente, la verdad o realidad de los hechos. En este contexto la prueba juega un papel fundamental en la legitimación del proceso, y es considerada un método de conocimiento racional que busca suministrar al juez datos o informaciones acerca de unos hechos pasados, cuya fidelidad en su reconstrucción es indispensable para resolver adecuadamente el conflicto. La prueba asume una función epistemológica o demostrativa, que asegura que sólo aquellas hipótesis justificadas con la información que arrojan los medios de prueba puedan estimarse verdaderas y servir de base para la adjudicación de las consecuencias jurídicas previstas en las normas sustantivas<sup>41</sup>.

En esta perspectiva el proceso debiese orientarse a maximizar las posibilidades de que aquello que efectivamente sucedió se aproxime en términos de correspondencia con lo que el juez declara probado en la sentencia; por ende, las normas de prueba legal si llegan al extremo de rigidizar su aplicación (haciéndolas inderrotables como en las presunciones de derecho) pueden apartar el proceso de un modelo de decisión racionalmente justo.

## 5.2. Hipótesis en que el juez considera probado un hecho que aplicando las reglas de prueba legal también lo estaría

Este es un caso que puede presentarse con cierta frecuencia en los contextos del proceso civil. Se trata de situaciones en que la aplicación de las reglas de prueba legal permiten arribar a un resultado probatorio similar al que llegaría el juez apreciando libremente la prueba. Ello sucede porque en ocasiones las normas de prueba legal tienden –en su forma más moderna– a cristalizar nociones que se consideran del sentido o experiencia común<sup>42</sup>, y en ese aspecto se presentan como herramientas racionales de decisión que coinciden con la racionalidad epistémica con que opera la apreciación libre. En la medida que el legislador plasma esas máximas de la experiencia en normas jurídicas no puede decirse que se trate de simples mecanismos formales de determinación de un hecho, aunque también es cierto que la relación entre el enunciado que postula la regla legal y a la realidad empírica solo será contingente y nunca necesaria<sup>43</sup>.

<sup>40</sup> Sobre cómo se aplica y explica esta ideología en el Derecho probatorio puede verse: TWINING (2009), pp. 326-328.

<sup>41</sup> Véase, entre otros: CARRARA (2003), pp. 37 y 40.

<sup>42</sup> TARUFFO (2009), p. 291; DENTI (1971), pp. 80 y ss.; FERRER (2002), p. 52; GASCÓN (2010), p. 127; GONZÁLEZ (2014), p. 90; MONTERO (2005), p. 552; COMOGLIO (2004), p. 104, y CARRARA (2003), p. 30; DE LA OLIVA (1991), p. 289.

<sup>43</sup> AGUILÓ (2008), p. 101.

En rigor, para estos casos las normas de prueba legal sirven como mecanismos de facilitación para el establecimiento de los hechos y aportan una dosis de seguridad jurídica que difícilmente pueda ser reconocida a los sistemas de libre apreciación. Ahora bien, cuando el juez puede arribar, apreciando libremente la prueba, a un resultado idéntico a que si aplicara normas de prueba legal, entonces éstas no juegan ningún papel relevante en la determinación verdadera de los hechos.

## 6. Algunos mecanismos para operar con las normas de prueba legal en sistemas probatorios mixtos

### 6.1. De las reglas de segundo orden

El debate acerca de la derrotabilidad de las normas de prueba legal no ha sido desarrollado en nuestro país. Una razón que puede explicar esta ausencia de discusión es la existencia de *reglas de segundo orden* que orientan al juez en la decisión de los hechos cuando la prueba libremente apreciada se contradice con aquella que el legislador define previamente el valor probatorio. Esta norma es del art. 428 CPC, que establece que entre dos o más pruebas contradictorias, y a falta de ley que resuelva el conflicto, los tribunales preferirán la que crean más conforme con la verdad. En virtud de esta regla se deja entregada a la libre apreciación del juez la determinación final del hecho.

En el PCPC, y no obstante tratarse también de un sistema mixto de valoración de la prueba, no existe una regla similar al art. 428 CPC. Por eso no hay herramientas para resolver los casos en que el valor que el legislador asigna a un medio de prueba puede considerarse, según el juez, derrotado por la información que arrojan otros medios.

En otras latitudes, como en Italia y España, es clara la preferencia que el legislador ha dado a la prueba legal por sobre la libre apreciación del juez, estableciendo que los resultados probatorios de la prueba legalmente valorada constituyen una suerte de presunción absoluta inderrotable, es decir, que no admite prueba en contrario<sup>44</sup>. Si bien más de algún autor ha puesto en duda la constitucionalidad de esta interpretación por afectar el derecho a la prueba (más específicamente, el derecho a utilizar todos los medios de prueba<sup>45</sup>), sigue siendo hasta nuestros días la interpretación dominante. Esto abre la disputa acerca de la necesidad de entender a las normas de prueba legal como razones protegidas, pero no inderrotables.

<sup>44</sup> Véase, entre otros: COMOGLIO (2004), p. 8; VILCHEZ (2008), p. 56.

<sup>45</sup> Así se lee en CANESTRELLI (2010), pp. 58 y ss.; y FERRER (2007), p. 55.

## 6.2. Falta de aplicación del hecho probatorio (bloqueo de la regla de prueba legal)

Si entendemos que las reglas de prueba legal funcionan como normas de presunción simplemente legales (y, por ende, como una inferencia probatoria), la primera forma de evitar su eficacia en un juicio es impidiendo la determinación del hecho probatorio. Las consecuencias jurídicas –en este caso las netamente probatorias– sólo devendrán cuando se establece el hecho que permite al juez aplicar la norma legal de prueba. Este hecho constituye la prótasis normativa, aquel supuesto fáctico que según el legislador es suficiente para arribar a las consecuencias jurídicas previstas en la norma.

En concreto, respecto de la prueba instrumental si una de las partes quiere que no se aplique una norma de valoración legal de la prueba, deberá intentar que no se establezca el hecho base que autoriza al juez derivar las consecuencias jurídicas; y ello se puede lograr de dos formas: en primer lugar, discutiendo el concepto mismo de instrumento público o privado<sup>46</sup>, de manera que el medio de prueba pueda reconducirse a otro que no tiene asignado una valoración legal. Este problema no es ajeno a nuestra práctica y doctrina, pues es perfectamente posible encontrar casos en que surjan dudas acerca de la calificación jurídica de un medio de prueba como instrumento o documento<sup>47</sup>. Esto nos lleva necesariamente a entender que el control de los hechos establecidos en la sentencia podría tener una arista jurídica, cuando se problematiza la calificación jurídica del medio de prueba y, en consecuencia, la aplicación de una norma legal de prueba.

La segunda forma de evitar la aplicación de una norma de prueba legal es alegando y probando alguna de las causales de impugnación de los instrumentos. Aquí el ordenamiento jurídico realiza nuevamente una regulación de

<sup>46</sup> La discusión conceptual acerca de un medio de prueba es un ámbito que escapa a lo puramente probatorio para insertarse en lo jurídico. El juicio de valor acerca de la calificación de un medio de prueba y, en consecuencia, la eventual producción de efectos legalmente previstos, constituye un problema de aplicación del derecho. Véase, MALEM (2008), p. 75.

<sup>47</sup> La relación entre documento e instrumento es de género a especie. El instrumento es una especie dentro del género documento. El instrumento, sea público o privado, tiene una forma de expresión o representación que es el predominio de la escrituración por sobre otros soportes. En cambio, el documento puede ser toda cosa mueble que por su naturaleza represente un hecho y que pueda ingresar al proceso, cualquiera sea el soporte que lo contenga. Desde esta perspectiva las imágenes, videos, grabaciones de sonidos, fotografías, planos, e incluso un lápiz, en la medida que representen un hecho pueden considerarse documento, pero no así instrumento. Sólo aquellos en que predomina la escrituración como forma de representación del hecho puede considerarse un instrumento. Para la distinción, véase: TARUFFO (2008), p. 75; MONTERO (2005), pp. 264 y ss. La distinción entre documento e instrumento también se aprecia con suma claridad en el PCPC, en los artículos 296 (respecto del documento) y 299 (respecto del instrumento).

la actividad probatoria, consagrando taxativamente las formas y causales que las partes pueden utilizar para impugnar un instrumento, y evitar, de esa forma, la aplicación de la norma legal que le asigna valor probatorio. Se trata, en definitiva, de establecer ciertos hechos (falsedad, falta de integridad, nulidad del instrumento, etc.) que de acuerdo al legislador son suficientes para restar fiabilidad al medio de prueba, y privarlo de eficacia probatoria, desde que impiden la determinación del evento que de acuerdo al legislador es una razón suficiente y taxativa para provocar el enunciado probatorio.

Ahora bien, la posición privilegiada que ocupa la prueba legal en el sistema de valoración probatoria hace que el legislador discipline con bastante precisión la forma en que debe producirse dicha prueba para su eficacia, como también las formas en que se le permite al juez dejar de aplicar la norma que le asigna valor probatorio. Así, tratándose de la prueba instrumental el PCPC regula qué debe entenderse por instrumentos públicos en juicio (art. 301 PCPC), las formas de reconocimiento de los instrumentos privados (art. 303 PCPC), y las causales de impugnación de uno u otro (art. 300 PCPC). Constituyen reglas cuya finalidad es, por una parte, fijar el hecho probatorio otorgando certeza y seguridad<sup>48</sup> y, por la otra, regular mediante un procedimiento específico y formal la manera en que se bloquea el hecho probatorio de la presunción<sup>49</sup>.

### 6.3. Derrotabilidad de las reglas legales de la valoración de la prueba

También es posible que las normas de prueba legal no sean aplicadas debido a la derrotabilidad de sus inferencias por la existencia de enlaces de distinto contenido. Es común aceptar en el ámbito de la doctrina que la fuerza vinculante de la prueba legal ha quedado menguada a través de la valoración conjunta y comparativa de todos los medios de prueba<sup>50</sup>. Se trata de un fenómeno que ha operado en la práctica judicial, en que la fuerza de los enunciados probatorios adjudicados a través de normas jurídicas queda derrotada cuando el juez, apreciando la prueba con los demás medios producidos en juicio, llega a un

<sup>48</sup> Se confiere certeza y seguridad en la medida que la doctrina del Derecho Comparado ha puesto de manifiesto que en muchas ocasiones los jueces construyen presunciones a partir de hechos que las partes consideran irrelevantes, afectando el derecho de defensa, pues se les sorprende en la sentencia definitiva derivando inferencias probatorias que pueden tener otra explicación. Véase, PASTOR (2003) 161 y VERDE (1999), p. 27.

<sup>49</sup> Respecto de algunas causales de impugnación de los documentos nuevamente –y como lo dejaremos indicado más adelante– el legislador omite toda referencia a los estándares de prueba, es decir, no nos dice cuál es el grado de probabilidad (y, por ende, de prueba) que se necesita para que el juez pueda considerar, por ejemplo, un instrumento como falso o no auténtico.

<sup>50</sup> ITURRALDE (2003), p. 343.

resultado probatorio incompatible. En cierta forma aceptar que las normas de prueba legal tienen la forma de presunción simplemente legal es aceptar su derrotabilidad cuando la nueva información que se proporciona puede llevar a una conclusión en un sentido diverso<sup>51</sup>.

Me parece que lo central para poder dimensionar adecuadamente el rol o función que cumplen las normas de prueba legal en el razonamiento probatorio, es distinguir los distintos planos o dimensiones del enlace que conllevan. Siguiendo a González Lagier<sup>52</sup>, un enlace puede tener tres dimensiones: un *fundamento*, que viene dado por los requisitos para que la inferencia sea correcta; la *finalidad*, que vendría a ser el objetivo práctico y epistémico que se busca satisfacer con el enlace, y su *fuerza*, que representa el grado de solidez de esa inferencia probatoria y, eventualmente, la mayor resistencia que pueda tener el enlace para ser desplazado por otro contrario.

En base a las dimensiones arriba indicadas, las normas de prueba legal en materia instrumental puedan reducirse al siguiente esquema: la inferencia probatoria que enlaza la existencia de un instrumento con ciertos hechos tiene un *fundamento* normativo desde que emana directamente de la ley, siendo su finalidad la protección del valor de seguridad jurídica en las relaciones económicas y el tráfico jurídico<sup>53</sup>. Su finalidad, por tanto, no es la averiguación de la verdad, sino la protección de esos valores que el ordenamiento considera esenciales para el funcionamiento del mercado. En este aspecto hay que aceptar que el ordenamiento jurídico (o el Derecho, si se quiere) puede perseguir otros fines diferentes a la obtención de decisiones verdaderas que podrían encontrarse incluso en oposición con ésta<sup>54</sup>. Es evidente, a mi juicio, que cuando el legislador dispone la exclusión de una prueba por lesionar un derecho fundamental está protegiendo bienes que considera más relevantes que una decisión verdadera

<sup>51</sup> AGUILÓ (2008), p. 91 y PEÑA y AUSÍN (2001), p. 97. En realidad, si asumimos que las normas de presunción son un tipo o clase de razonamiento presuntivo, entonces, no debe ser muy difícil aceptar que puede ser derrotado. Forno destacó desde un principio que el juez “no desaparecía” ante la prueba legal, aunque también –en consonancia a lo que sustenta en el derecho italiano– distinguió entre las pruebas legales que tienen valor absoluto, que no admiten prueba en contrario, y las pruebas legales con valor provisorio. Véase: FORNO (1954), pp. 163 y 166.

<sup>52</sup> GONZÁLEZ (2014), pp. 87 y 88.

<sup>53</sup> Explica Verde que la preeminencia de la prueba instrumental sobre la prueba testimonial tiene que ver con cuestiones no sólo de orden procesal, sino además con cuestiones relacionadas con la libre circulación de los bienes, que en varios ordenamientos jurídicos tiene una impronta de marcado formalismo. VERDE (1998), p. 10. COMOGLIO (2004), p. 22, para quien la prueba también puede asumir una concepción sustancial de defensa de las negociaciones privadas, y una forma de protección y tutela de los derechos en forma previa y anterior al juicio.

<sup>54</sup> GONZÁLEZ (2014), pp. 86 y 88; y VERDE (1998), p. 10.

fundada en esa prueba. Es evidente también que la prevalencia de bienes en conflicto es un problema político e incluso moral<sup>55</sup>. El legislador pretende alcanzar con las normas de prueba legal la protección de ciertos valores que se estiman esenciales para seguridad y certeza en el tráfico jurídico mediante la asignación de un valor probatorio privilegiado a la escrituración (prueba instrumental en sentido estricto). El enlace utilizado para construir la regla legal de prueba tiene así un fundamento institucional<sup>56</sup>: al legislador le interesa que los negocios y transacciones que se encuentran escriturados gocen de un grado de certeza y seguridad superior a las que no lo están y, en ese sentido, viste a la escrituración de un grado privilegiado de eficacia probatoria.

Lo que aquí he indicado no resuelve, sin embargo, otro problema que está relacionado con el desplazamiento de la inferencia de origen legal por otra con valor epistemológico. Dicho en otros términos, definir cómo son derrotadas las inferencias que se basan en normas de prueba legal por otras inferencias construidas sobre la información probatoria libremente apreciada por el juez. Todo esto supone, evidentemente, que las normas de prueba legal tienen una naturaleza de presunción simplemente legal, por lo que encuentran expuestas a ser derrotadas con información en contrario.

Este es un problema en el cual sólo puede arribarse a soluciones aproximativas, desde que responde a una interrogante relacionada con los estándares de prueba: ¿Cuálquier grado de confirmación de una hipótesis de hecho es suficiente para derrotar una inferencia de origen legal?

Para explorar una respuesta creo que se debe mirar la *fuerza* de la inferencia legal y su *finalidad*. En efecto, si la fuerza de una inferencia probatoria de origen legal (valor probatorio a un instrumento) está relacionada con su fundamento y la importancia de su finalidad en un ordenamiento jurídico concreto, entonces el problema de la derrotabilidad de las normas de prueba legal es un problema político o moral acerca de la prevalencia de uno de los bienes en juego; por un lado, la verdad (entendida como probabilidad racionalmente justificada que una hipótesis de hecho tiene en los elementos de información producidos en juicio)

<sup>55</sup> BAYON (2008), pp. 1-21 y GONZÁLEZ (2014), p. 98.

<sup>56</sup> Esto es lo que Aguiló denomina “razones subyacentes a las normas de presunción”. Es evidente que las razones que subyacen a las normas de presunción pueden ser múltiples, como las epistémicas que derivan de la probabilidad de producción del hecho presunto; las de equilibrio probatorio frente a la dificultad de las partes ante la prueba, o bien de garantías, como en el caso de la presunción de inocencia. Sin embargo, tratándose de normas de presunción de los instrumentos las razones que la justifican están vinculadas a la necesidad de establecer una normalidad institucional. De esta forma, a partir de la prueba de la existencia de un instrumento público o el reconocimiento de un instrumento privado, el ordenamiento establece como normalidad institucional que la fecha, el otorgamiento y las declaraciones son verdaderas. AGUILÓ (2008), p. 101.

que se deriva de la inferencia libremente construida por el juez, o la certeza y seguridad que proporciona la inferencia normativa. Los grados de confirmación que se exigen de la hipótesis que derrota a la inferencia legal serán mayores (estándar más exigente) cuanto más se aprecie el valor seguridad y certeza jurídica. Por consiguiente, los errores en el establecimiento final del hecho se administrarán siempre a favor de la certeza y seguridad jurídica. Sólo aquella verdad que se construye con un margen de error mínimo, es decir, donde la hipótesis alternativa tiene un grado alto de probabilidad, es capaz de desplazar a la seguridad jurídica y la certeza que brindan las normas de prueba legal. Por el contrario, si se consideran más valiosas las decisiones asentadas en la verdad, entonces los estándares de derrotabilidad de las inferencias normativas serán menores. Las hipótesis fácticas alternativas que construya el juez apreciando libremente la prueba no necesitarán respaldos muy exigentes para desplazar las inferencias probatorias de origen legal.

Como se puede fácilmente apreciar si la decisión de la derrotabilidad de las normas de la prueba legal es un problema político (no solamente epistemológico) acerca de la elección de uno de los valores o bienes en colisión, no parece razonable que esta decisión pueda ser adoptada por el juez<sup>57</sup>. El discernimiento político respecto de qué valor prima debiese ser entregado al legislador y no al juez. Y es por ello que una materia como ésta debiese venir regulada fijando reglas de segundo orden que clarifiquen las coordenadas exactas de cómo un juez debe decir en estos casos.

A mi juicio, es posible resolver los casos de colisión en los resultados probatorios con dos *reglas de segundo orden*: la primera consistiría en establecer un estándar de prueba especial para la derrotabilidad de las inferencias legales, de manera que sólo aquellas hipótesis que satisfagan ese estándar puedan desplazar la justificación y finalidad implícita en el enlace de las normas de prueba legal. En este estándar se representará en plenitud la preferencia del legislador por alguno de los valores en pugna. Así, estándares exigentes inclinarán la balanza hacia la certeza y seguridad jurídica, mientras que los menos exigentes hacia la toma de decisiones verdaderas. Aquí hay, desde luego, razones políticas en algunas de las preferencias. La otra regla de segundo orden sería hacer primar alguno de los dos valores en disputa mediante una regla específica, ya sea por dar preferencia a la prueba legal, en cuyo frente a dos hipótesis de hecho igualmente probadas (una con la fuerza normativa de la presunción y la otra con la información libremente apreciada) y no refutadas, se tiene por no acreditada

<sup>57</sup> Véase: LARROUCAU (2012), pp. 783 y 784, quien reconoce expresamente que apostar por un estándar de prueba en lugar de otro precisa una deliberación normativa previa. Véase la explicación de STEIN (2013), pp. 248 y 249.

la hipótesis aplicándose, en consecuencia, las reglas de la carga de la prueba o por el contrario, se hace primar la hipótesis de hecho que emana de la prueba libremente apreciada.

## 7. Conclusiones

En el contexto de la reforma al proceso civil corresponde determinar cómo conviven las normas de prueba legal, que definen la certeza de un hecho anticipadamente por el legislador, y la libre valoración de la prueba por parte del juez. Esta disyuntiva se torna especialmente compleja en el PCPC que establece normas de valoración legal respecto de la prueba instrumental, mientras deja entregada a la libertad del juez la valoración de la información que proporcionan los otros medios de prueba. Lo anterior puede traer aparejada que los resultados probatorios del conjunto de pruebas disponibles sean contradictorios, o avalen hipótesis fácticas incompatibles entre sí. En este sentido, se hace necesario dejar claro que las normas de prueba legal que funcionan asignando certeza a un hecho, no son normas de valoración propiamente tal, sino de decisión acerca de los hechos. Y ello, por la sencilla razón de que la valoración de la prueba consiste en asignar un grado de probabilidad a la ocurrencia de un hecho, lo que no sucede con esta clase de normas que deciden acerca de la existencia de una hipótesis fáctica. En todo caso, también las normas de prueba legal pueden funcionar en términos puramente negativos, al establecer umbrales mínimos y necesarios para la prueba de un hecho.

Con todo, la naturaleza que se proponga a las normas de valoración legal de la prueba dependerá del grado de apertura que el sistema decida respecto de la obtención de decisiones verdaderas, lo que, a su vez, supone una ponderación política o moral de los valores subyacentes en juego. En este sentido, las reglas de valoración legal deben ser consideradas como normas de presunción simplemente legales y, en último término, como reglas de carga de la prueba. Esto significa, en simples palabras, que las inferencias probatorias que resultan de la aplicación de estas reglas pueden ser derrotadas por inferencias libremente construidas por el juez. En un esquema como éste la verdad puede tener cabida, aunque distribuyendo la carga de la prueba al litigante que pretenda disponer de un efecto probatorio diverso al presumido legalmente.

En esta perspectiva es posible identificar dos escenarios de confrontación entre los resultados probatorios de la prueba legal y de la libre valoración de la prueba. El primero se produce cuando los resultados de la valoración probatoria libre no permiten al juez considerar probado un hecho, pero aplicando las reglas de prueba legal debe declararlo existente. La segunda hipótesis se produce cuando el juez considera probado un hecho que aplicando las reglas de prueba legal también lo estaría. Estas situaciones pueden ser de frecuente ocurrencia

en el ámbito de la práctica judicial, y no ameritan grandes problemas desde su operatividad más que críticas de política procesal.

Sin perjuicio de lo anterior, claramente la situación más problemática sucederá cuando el juez, apreciando libremente la prueba, arribe a una conclusión probatoria contraria o incompatible con las que dicte la prueba legal en materia instrumental. Para tal caso cabe preguntarse si las conclusiones probatorias extraídas legalmente pueden ser derrotadas, y si las inferencias probatorias que construye libremente el juez deben tener algún grado de confirmación privilegiado para imponerse sobre la certeza y seguridad de la valoración legal. Al respecto este problema puede solucionarse mediante la utilización de reglas de segundo orden, como serían las que establecen estándares especiales para la derrotabilidad de las inferencias de origen legal, o se resuelven con alguna regla especial que determine del hecho que debe considerarse probado.

#### BIBLIOGRAFÍA

- ACCATINO, Daniela (2011): "Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXVII, Nº 2, pp. 483-511.
- AGUILÓ, Josep (2008): "Presunciones", en *Sobre Derecho y argumentación* (Barcelona, Lleona Muntaner Editor).
- BAYON, Juan Carlos (2008): "Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano", pp. 1-21. Disponible en <http://www.udg.edu/areas/FilosofiadelDret/Noticies/tabid/10083/p/10469/language/es-ES/Default.aspx> (fecha de visita 8 de septiembre de 2014).
- CANESTRELLI, Serena (2010): *Istruzione probatoria e libero convincimento del giudice* (Milán, Università di Dottorato in Scienze Giuridiche).
- CARRARA, Antonio (2003): "Prova e convencimento del giudice nel processo civile", en *Rivista di Diritto Processuale* (Nº 1), pp. 27-64.
- COLOMA, Rodrigo (2012): "¿Realmente importa la sana crítica?", en *Revista Chilena de Derecho* (vol. 39, Nº 3), pp. 753 a 781.
- COLOMA, Rodrigo y AGÜERO, Claudio (2014): "Lógica, ciencia y experiencia en la valoración de la prueba", en *Revista Chilena de Derecho* (Vol. 41, Nº 2), pp. 673-703.
- COMOGLIO, Luigi (1991): "I modelli di garanzia costituzionale del processo", en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* (año XLV, Nº 3), pp. 675-699.
- COMOGLIO, Luigi (2004): *Le prove civile* (Torino, UTET).
- DAMASKA, Mirjan (2000): *Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

- DAMASKA, Mirjan (2015): *El derecho probatorio a la deriva* (Madrid, Marcial Pons).
- DE LA OLIVA, Andrés (1991): *Derecho Procesal Civil II. Objeto, actos y recursos del proceso civil. El proceso civil de declaración* (Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A.).
- DENTI, Vittorio (1971): *Processo civile e giustizia sociale* (Milan, Edizioni di Comunità).
- FERNÁNDEZ, Mercedes (2006): *La carga de la prueba en la práctica judicial civil* (Madrid, Editorial La Ley).
- FERRER, Jordi (2002): *Prueba y verdad en el Derecho* (Madrid, Marcial Pons).
- FERRER, Jordi (2007): *La valoración racional de la prueba* (Madrid, Marcial Pons).
- FUENTES, Claudio (2001): “La persistencia de la prueba legal en la judicatura de familia”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte* (vol. 18, Nº 1), pp. 119-145.
- FURNO, Carlo (1954): *Teoría de la prueba legal*, traducción de Sergio González Collado (Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado).
- GARBERÍ LLOBREGAT, José y BUITRÓN RAMÍREZ, Guadalupe (2004): *La prueba civil. Doctrina, jurisprudencia y formularios sobre la prueba y medios de prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- GARCÍA, Juan (2014): “Elementos para el análisis de la prueba y del razonamiento probatorio en el Derecho”, en García y Bonorino (Coords.), *Prueba y razonamiento en Derecho. Debates sobre la abducción* (Granada, Editorial Comares).
- GASCÓN, Marina (2010): *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba* (Madrid, Marcial Pons).
- GASCÓN, Marina (2012): *Cuestiones probatorias* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia).
- GONZÁLEZ, Daniel (2014): “Presunción de incidencia, verdad y objetividad, Prueba y razonamiento”, en García y Bonorino (Coords.), *Derecho. Debates sobre la abducción* (Granada, Editorial Comares), pp. 83-117.
- GRASSELLI, Giorgio (2000): *L'istruzione probatoria nel processo civile riformato*, (Padova, Cedam).
- HAACK, Susan (2013): “El probabilismo jurídico: una dimensión epistemológica”, en *Estándares de prueba y prueba científica* (Madrid, Marcial Pons).
- IACOBONI, Alessandro (2006): *Prova legale e libero convincimento del giudice* (Milan, Giuffrè Editore).
- ITURRALDE, Victoria (2003): *Aplicación del derecho y justificación de la decisión judicial* (Valencia, Tirant lo Blanch).

- LARROUCAU, Jorge (2012): "Hacia un estándar de prueba civil", en *Revista Chilena de Derecho* (vol. 39, Nº 3), pp. 783-808.
- LIEBMAN, Tullio (1960): "Fondamento del principio dispositivo", en *Rivista di Diritto Processuale* (Nº 4), pp. 551-565.
- MALEM, Jorge (2008): *El error judicial y la formación de los jueces* (Barcelona, Gedisa Editorial).
- MATURANA, Javier (2014): *Sana crítica. Un sistema de valoración racional de la prueba* (Santiago, Thomson Reuters).
- MIRANDA ESTRAMPES, Manuel (1997): *La mínima actividad probatoria en el proceso penal* (Barcelona, Bosch Editor).
- MONTELEONE, Girolamo (2007): "Limiti alla prova di ufficio nel processo civile (cenni di diritto comparato e sul diritto comparato)", en *Rivista di Diritto Processuale* (Nº 4), pp. 863-874.
- MONTERO, Juan (2005): *La prueba en el proceso civil* (Cizur Menor, Thomson Reuters).
- MORENO, Víctor y CORTÉS, Valentín (2004): *Introducción al Derecho Procesal* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- MUÑOZ SABATÉ, Lluís (1993): *Técnica Probatoria. Estudios sobre dificultades de prueba en el proceso* (Barcelona, Editorial Praxis S.A.).
- NIEVA, Jordi (2010): *La valoración de la prueba* (Madrid, Marcial Pons).
- PALOMO VÉLEZ, Diego (2007): "Proceso civil oral: ¿Qué modelo de juez requiere?", en PALOMO y DE LA OLIVA, *Proceso Civil. Hacia una nueva justicia civil* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), pp. 227 a 254.
- PASTOR, Francisco (1995): *Prueba indiciaria y presunción de inocencia* (Valencia, Editorial Práctica de Derecho).
- PATTI, Salvatore (1983): "Libero convincimento e valutazione delle prove", en *Rivista di Diritto Processuale* (XXXVIII), pp. 481-519.
- PEÑA, Lorenzo y AUSÓN, Txetxu (2001): "La inferencia de hechos presuntos en la argumentación probatoria", en *Anuario de Filosofía del Derecho* (XVIII), pp. 95-125.
- SERRA, Manuel (1969): *Reflexiones sobre una reciente concepción probatoria* (Barcelona, Ariel).
- STEIN, Alex (2013): "Contra la 'prueba libre'", en *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile* (XXVI, Nº 2), pp. 245 a 261.
- TARUFFO, Michele (2008): *La prueba* (Madrid, Marcial).
- TARUFFO, Michele (2009): *Páginas sobre la justicia civil* (Madrid, Marcial Pons).

- TWINING, William (2009): "De nuevo, los hechos en serio", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* (32), pp. 317-340.
- VERDE, Giovanni (1998): "La prova nel processo civile. Profili di teoria generale", en *Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura. La prova nel processo civile* (Vol. 1), pp. 2-25.
- VILCHEZ, Cristina (2008): "Eficacia probatoria de los documentos: la contradicción entre el valor del documento y otros medios de prueba tasados y no tasados", en Picó i Junoy y Abel, Xavier (Directores), *Aspectos problemáticos en la valoración de la prueba civil* (Barcelona, Bosch Editor), pp. 41-64.