

COMENTARIO¹:

EL VALOR DE LA JURISPRUDENCIA EN MATERIA PROCESAL,
A LA LUZ DEL CONCEPTO DE LAS LEYES REGULADORAS DE LA PRUEBA

Alejandro Romero Seguel
Abogado. Profesor Derecho Procesal
Universidad de los Andes

PRESENTACIÓN

Con la codificación procesal se aceptó como dogma que en los países de derecho codificado la jurisprudencia no tiene valor de fuente del derecho. De un modo gradual, y por distintas razones, tal creencia se ha ido abandonando, cobrando vida la idea que proclama que el estudio de la jurisprudencia no es una temática propia de los países del *common law*. El cambio de orientación se explica al haber emergido la idea que el precedente es un fenómeno común a todos los ordenamientos y tendencialmente unitario. La postura más radical de la codificación, que pretendió prescindir de la jurisprudencia como fuente del derecho, ha sido desmentida en innumerables ocasiones.

¹ Este trabajo se realiza como parte del proyecto de investigación Fondecyt N° 1010712 del 2001, "La jurisprudencia como fuente del derecho".

En efecto, el Derecho es un fenómeno que no se agota en una norma legal ni en el dictamen de un jurista. En su realización para el caso concreto, se constata la necesidad de considerar las decisiones de los tribunales, que dan vida a la jurisprudencia judicial, como una expresión viva de lo que es el derecho.

Como lo advierte Coing: "...ningún ordenamiento jurídico se deriva de principios abstractos. Ningún ordenamiento jurídico es un sistema lógico-matemático. Las instituciones jurídicas se basan, más bien, de múltiples modos, en la experiencia". No sin razón decimos a este respecto que una determinada regulación se ha acreditado o no se ha acreditado en la práctica. Por experiencia se sabe, desde antiguo, que no toda regulación legal consigue su objetivo, y sería interesante el investigar de una vez, a base de muchos ejemplos, si la aplicación de las leyes, y en particular de los códigos, ha correspondido a las intenciones que tenía el legislador². Concluye este autor: "la experiencia demuestra que no toda regulación legal o principio elaborado por juristas consigue siempre su objetivo final, ya que la labor de los jueces puede deformar las buenas intenciones de los legisladores o de los juristas"³.

No son pocas las ocasiones en las que los jueces llenan las lagunas de la ley procesal o entran a fijar conceptos que el legislador no delimitó. Un ejemplo de esto último se encuentra en las denominadas leyes reguladoras de la prueba.

Como se sabe, en varias ocasiones la jurisprudencia actúa como referente normativo, fijando requisitos de admisibilidad y condiciones para el ejercicio de los derechos procesales. Es una realidad que la procedencia de varios actos procesales está supeditada inexorablemente al criterio jurisprudencial. En este sentido, la causal de casación en el fondo consistente en la infracción fundada de las leyes reguladoras de la prueba, es una de las más nítidas manifestaciones de lo que venimos explicando.

LAS LEYES REGULADORAS DE LA PRUEBA

Tal como lo hace la sentencia objeto del presente comentario, la Corte Suprema hace bastante tiempo que viene sosteniendo que "cabe entender vulneradas las normas reguladoras de la prueba, principalmente cuando los sentenciadores invierten el *onus probandi*, o carga de la prueba, rechazan las pruebas que la ley admite, aceptan las que la ley rechaza, desconocen el valor probatorio de las que se produjeron en el proceso cuando la ley le asigna uno determinado de carácter obligatorio o alteran la procedencia que la ley le diere" (CS. 13 de julio del 2000, RDJ, t. XCVII, sec. 1ª, p. 132; CS. 31 de julio del 2000, RDJ, t. XCVII, sec. 1ª, p. 141)⁴.

En lo que respecta a la sentencia de la Corte Suprema, del 4 de enero de 2001, en ella se introduce un elemento que enfatiza el carácter garantístico de la figura que nos ocupa, cuando expresa que: "Las leyes reguladoras de la prueba susceptibles de casación en el fondo, son aquellas normas fundamentales impuestas por la ley a los falladores en forma ineludible, y que importan limitaciones concretas de su facultad de apreciación, dirigidas a asegurar una decisión correcta en el juzgamiento". (C° 9).

Considerando que la definición jurisprudencial anterior es genérica, resulta útil analizar algunas cuestiones procesales que, a nuestro entender, se deben considerar dentro del concepto de leyes reguladoras de la prueba.

² COING, Helmut, "Historia del Derecho y Dogmática Jurídica", en REHJ, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, t. VI, 1981, p. 115.

³ Íb. cit. ant. p. 115.

⁴ En igual sentido, entre otros, CS. 29 de enero de 1998, RDJ t. XCV, sec. 1ª, N° 1, p. 9; CS. 1 de octubre de 1998, RDJ t. XCV, sec. 1ª, N° 3, p. 167.

EL PROBLEMA DE LA PRUEBA RENDIDA EN OTRO JUICIO

Una situación probatoria de gran complejidad se da cuando se presenta en un juicio el fenómeno que la doctrina denomina "*traslación de prueba*"; básicamente esta figura surge cuando se traen a un juicio en curso elementos de prueba producidos en otro proceso anterior o coetáneo. Bajo ciertos supuestos, en esta traslación probatoria podría darse una infracción a los límites que, según la amplia definición elaborada por la E. Corte Suprema, se controlan a través de la causal de casación que motiva estas notas.

En efecto, las leyes reguladoras de la prueba impiden al juez ponderar cualquier medio de convicción, sobre todo cuando la prueba trasladada de un juicio a otro se ha producido sin el control de la parte contra la cual se presenta. El límite anterior busca evitar que una de las partes quede en una situación de indefensión jurídica.

Aunque el CPC consagra como trámites esenciales varias situaciones que se encaminan a controlar el ejercicio del derecho a la prueba por las partes, se debe reconocer que en la práctica surgen muchas situaciones que no obstante comprometer garantías elementales en la producción de una prueba no pueden ser examinadas por la vía de la casación en la forma, sino dentro de las infracciones a las leyes reguladoras de la prueba.

LA PRUEBA ANTICIPADA COMO HIPÓTESIS

La situación anterior también se puede examinar a la luz un tema probatorio de enorme interés, conocido como *prueba anticipada*. La prueba anticipada se produce cuando un determinado medio probatorio se genera –judicial o extrajudicialmente–, antes del proceso en que se quiere hacer valer.

La temática de la prueba anticipada, como posible infracción a las leyes reguladoras de la prueba, debe llevar a indagar si la observancia de ciertas garantías elementales podrían, en ciertos casos, restar eficacia probatoria a un determinado medio. Ahora, tratándose de una temática vinculada directamente con el debido proceso, el examen de la cuestión se debe realizar a la luz de los principios básicos que dan vida a referida garantía constitucional, estos es, la bilateralidad, la igualdad y la imparcialidad.

En lo que concierne al principio de bilateralidad en materia probatoria, dicha garantía pasa por reconocer que toda producción de prueba debe practicarse dando a la contendora la posibilidad de controlarla. Nuestro Código de Procedimiento Civil no deja dudas sobre la necesaria citación de las partes para la producción de la prueba anticipada, tal como se desprende del art. 324 del CPC. "*Toda diligencia probatoria debe practicarse previo decreto del tribunal que conoce de la causa, notificado a las partes*".

Nuestro Código de Procedimiento Civil en materia probatoria exige la debida contradicción, para que un medio de prueba adquiera valor en contra de la parte contraria. Ni siquiera en las gestiones prejudiciales de naturaleza probatoria se podría obtener un elemento de convicción sin el debido conocimiento de la contraparte, tal como establece el art. 286 del CPC: "Se podrá (...) solicitar antes de la demanda el examen de aquellos testigos cuyas declaraciones, por razón de impedimentos graves, haya fundado temor de que no pueda recibirse oportunamente. Las declaraciones versarán sobre puntos que indique el actor, calificados de conducentes por el tribunal". "Para practicar esta diligencia, se dará previamente conocimiento a la persona a quien se trata de demandar, solo cuando se halle en el lugar donde se expidió la orden o donde deba tomarse la declaración; y en los demás casos se procederá con intervención del defensor de ausentes".

Igual situación se da con el informe de peritos (arts. 409 a 425 CPC.) y la inspección personal del tribunal (arts. 403 a 410 CPC). Dichas diligencias solo tienen validez cuando se verifican dentro del juicio, nunca extrajudicialmente. Si revisamos la normativa que rige estos medios de prueba, se advierte que las partes tienen la facultad de ejercer diversos medios de control. Por ejemplo, hacer observaciones a la inspección ocular o petición de asistencia de

peritos, en el caso de la inspección personal del tribunal; en el caso de los informes periciales, reclamar inhabilidad del perito, fijar sus títulos y aptitudes así como los puntos de la pericia, asistir a la diligencia de reconocimiento, formular observaciones al informe pericial, etc.

En el caso de los instrumentos públicos de carácter negocial, su valor como medio de prueba anticipada (en rigor, es prueba preconstituida), viene dado por la manifestación de voluntad dada por la parte contra la cual se presenta ante un ministro de fe. En cambio, en los instrumentos privados el control de su valor como prueba anticipada se realiza a través del reconocimiento judicial.

Un aspecto relevante sobre el valor de la prueba anticipada en materia de instrumentos privados se resuelve aplicando un principio elemental de nuestro sistema probatorio civil, relativo a que los instrumentos privados emanados de la propia parte no tienen valor de convicción alguno, ya que por ese solo hecho caen en una zona sospechosa, que ha llevado al legislador a restarles de toda eficacia probatoria. Este principio probatorio ha sido aplicado en decenas de oportunidades por nuestros Tribunales, tal como consta de las siguientes sentencias: a) "...si un documento no emana de la parte contra quien se hace valer no puede producir el valor probatorio que establece el artículo 1702 del Código Civil". (CS., 19 de octubre de 1977, RDJ, t. LXXIV, sec., 1ª, p. 142); b) "El documento privado se caracteriza, sustancialmente, por no estar protegido por la fe pública que se debe a los instrumentos públicos y que proviene de la participación de un funcionario público en su formulación, cumpliendo formalidades especiales. De tal manera, el instrumento privado solo hace prueba cuando ha sido reconocido dentro del juicio y el que no lo ha sido, carece de todo mérito, incluso como base de presunción judicial". (C. de Ap. de Santiago, 26 de mayo de 1981, RDJ, t. LXXVIII, sec. 2ª, p. 69); c) "Procede acoger la objeción que una de las partes formule respecto de documentos que emanan de empleados de la otra, consistentes en tarjetas de contabilidad, puesto que no es posible que la propia parte de quien emanan los haga valer en apoyo de sus pretensiones". (C. de Ap. Pedro Aguirre Cerda, 30 de julio de 1984, RDJ, t. LXXXI, sec. 2ª, p. 100); d) "Un documento privado emanado de un tercero no es sino una prueba testifical rendida sin las formalidades legales y consiguiente nula y carente de mérito de prueba, incluso como base de una presunción judicial". /El hecho que a un documento privado se adicione una certificación notarial, no lo convierte en público así como tampoco podría variar la calidad de este último por anotarse en él una mención que solo signifique la dación de un instrumento privado". (Corte Apelaciones Santiago, 16 de agosto de 1990, RDJ, t. LXXXVII, sec. 2ª, p. 100). La temática de la prueba trasladada y anticipada también debe pasar por un control de la garantía procesal de la imparcialidad. Por ejemplo, en el caso de la producción de la prueba pericial la referida garantía se plasma en nuestro ordenamiento con el derecho que tienen las partes para recusar o inhabilitar a los peritos (art. 416 del CPC)⁵.

La misma limitación se da en relación a la prueba de testigos. Este medio de convicción, para que valga como tal, solo puede rendirse ante el mismo juez que conoce de la causa (con competencia natural o delegada a través de exhorto), como se desprende de los arts. 356 y siguientes del CPC. Por otra parte, el art. 384, reglas 1ª a 6ª del mismo Código (relativo a la valoración de los testigos), discurre exclusivamente sobre la base que los testigos han declarado en el mismo juicio en que sus dichos se ponderan. En nuestro ordenamiento, tiene nulo valor trasladar la prueba testimonial rendida en otro proceso; sostener lo contrario llevaría a privar a una parte de controlar la imparcialidad en su producción, mediante el derecho a inhabilitar a los testigos o contrainterrogándolos.

A mayor abundamiento, para reforzar la tesis que dentro del concepto de las leyes reguladoras de la prueba se contempla el derecho a que se prescinda de la prueba testimonial anticipada o trasladada a otro proceso —para garantizar la imparcialidad—, se debe observar que ni siquiera como medida para mejor resolver resulta lícito tal traslación. El artículo 159

⁵ En el ámbito del antiguo proceso penal, se admite la participación de peritos asociados, con el claro objetivo de establecer un mecanismo de control sobre la correcta evacuación de un informe de esta clase.

del CPC establece que dentro del plazo para dictar sentencia, puede decretarse para mejor resolver: “La comparecencia de testigos que hayan declarado en el juicio, para que aclaren o expliquen sus dichos oscuros o contradictorios”. Resulta meridianamente claro que los testigos de la causa donde se produce la prueba trasladada, nunca han declarado ante el juez que recibe las declaraciones ya prestadas, resultando imposible que surjan las obscuridades o contradicciones que la ley exige para que puedan ser citados oficiosamente por el tribunal.

En consecuencia, la prueba trasladada y anticipada puede llevar a la inobservancia de varios derechos procesales, en desmedro de la situación jurídica de la parte contra la cual se quiere hacer valer el medio de prueba, la que no ha tenido la posibilidad de controlar la producción de la prueba, comprometiéndose severamente el derecho al debido proceso. Estos límites en la producción de la prueba se deben mirar como problemas no comprendidos en la omisión de trámites esenciales de la casación en la forma (v. gr. art. 795 N^{os} 4, 5, y 6 CPC), que pueden ser controlado a través del concepto jurisprudencial de leyes reguladoras de la prueba.

LA ALTERACIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA

Otra situación comprendida tradicionalmente como infracción a las leyes reguladoras de la prueba se vincula con la alteración de la carga de la prueba. Como se sabe, en materia procesal civil el principio probatorio elemental se consagra en el artículo 1698 del Código Civil: “*incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o esta*”.

Aunque no es frecuente, otra situación que se puede comprender dentro de la causal de casación en el fondo que se examina puede provenir de ciertas actuaciones del juez, mediante las que aporta hechos que las partes no fijaron dentro de la cuestión debatida. Como se sabe, en nuestro procedimiento civil el juez frente a la fijación del objeto del proceso debe permanecer pasivo, limitándose a juzgar conforme lo alegado y probado por las partes, salvo el ejercicio reglado de las facultades de iniciativa probatoria que la ley admite⁶.

En el terreno de los principios, una vez que la causa queda en estado de sentencia, el juez debe aplicar las consecuencias que resultan de la carga de la prueba –absolviendo o condenando–, según el mérito del proceso⁷.

La regla de la carga de la prueba limita la actividad probatoria de los jueces, constituyéndose en una auténtica norma decisoria de la litis, ya que la correcta aplicación del art. 1698 del Código Civil, debe llevar solo a considerar que el juez se atenga estrictamente a los hechos aportados por las partes, los que quedan fijados –básicamente– en los escritos fundamentales de la primera instancia.

Cuando el juez sustituye la actividad probatoria de las partes en un proceso y da por probados hechos nuevos, no discutidos en la causa, infringe el artículo 160 del CPC, que consagra el mismo límite probatorio a que nos referimos: “las sentencias se pronunciarán conforme al mérito del proceso, y no podrán extenderse a puntos que no hayan sido expresamente sometidos a juicio por las partes, salvo en cuanto las leyes manden o permitan a los tribunales proceder de oficio”.

Frente a una situación como la recién reseñada cobra eficacia la garantía que concede el concepto jurisprudencia de leyes regulatorias de la prueba, que sabemos debe llevar a prescindir de los elementos de convicción producidos sin respetar los límites a los que nos venimos refiriendo.

Esta interpretación que postulamos surge básicamente por la limitación –de origen jurisprudencial– que en algunas sentencias de la Corte Suprema se viene dando a la *ultra*

⁶ El tema está estudiado en nuestra doctrina por MENESES PACHECO, Claudio, *Iniciativa probatoria del juez en el proceso civil*, Santiago: ConoSur Ltda., 2001.

⁷ Uno de los criterios teóricos más recurrentes para distribuir la carga de la prueba, atiende a la distinción entre hechos constitutivos, impeditivos y extintivos. Tradicionalmente esta misma pregunta se respondía con máximas tales como *onus probandi incumbit al actoris* o bien, *ei incumbit probatio qui dicit, non negat*, reglas que gradualmente han sido dejadas de lado en las modernas legislaciones, por la poca claridad que aportan en esta complicada tarea.

petita. En el último tiempo se viene negando la existencia de los “considerandos resolutivos”, afirmándose que “en lo relativo a la causal de *ultra petita*, dicha infracción corresponde ubicarla en la parte resolutive del fallo, ya que es la decisión final de la litis donde el Tribunal puede otorgar más de lo pedido por las partes o extenderse a puntos que no le fueron sometidos por ella. Efectivamente, no importa para justificar esta causal lo que se exprese en los razonamientos que desarrolle el tribunal, sino solamente su decisión, porque solo esta tendrá la autoridad de cosa juzgada y podría agraviar a la parte afectada al negarse lugar a una prestación mayor o distinta de lo demandado, en tanto que los simples razonamientos carecen de dicha autoridad”⁸.

Así, al no poder controlar la indebida aportación de hechos por el juez mediante la *ultra petita*, cuestión que necesariamente se plasma en la parte considerativa, para asegurar cabalmente las garantías del racional y justo procedimiento ha de examinarse tal infracción dentro del concepto jurisprudencial de leyes reguladoras de la prueba, las que conforme al considerando 9º del fallo que se comenta, tienen como fin “asegurar una decisión correcta en el juzgamiento”.

LA LIBERTAD EN LA FUNDAMENTACIÓN DEL FALLO

El planteamiento anterior en ningún caso debe llevar a limitar la libertad que tienen los jueces para fundamentar la sentencia.

Tratando de establecer qué límites tiene un juez a la hora de decidir, la primera pauta de control se debe encaminar a determinar si el juez se ha ajustado a resolver sobre los hechos sustanciales del juicio. Esta actividad supone básicamente precisar cuál es en concreto la cosa pedida en un juicio y compararla con el contenido de la sentencia. Si la parte resolutive de una sentencia es congruente con lo pedido en la acción deducida, no existe ningún problema que ponga al descubierto un vicio por exceso u omisión en el pronunciamiento del fallo; en consecuencia, si la sentencia decide dentro de los límites de la cuestión controvertida el tema no es de congruencia, sino que debe recaer sobre el fondo de la decisión, examinando si existe un agravio en la sentencia por error en la aplicación del derecho, ilegalidad, arbitrariedad, etc.

Para determinar qué límites tienen los jueces en la decisión y fundamentación de su sentencia conviene recordar que en torno al principio de la congruencia o exhaustividad de la decisión, teóricamente, se constatan cuatro defectos o vicios: (i) la incongruencia por omisión de pronunciamiento; (ii) la incongruencia por *ultra petita*; (iii) la incongruencia por *infra o citra petita*; y (iv) la incongruencia por *extra petitum* o *extra petita*.

Nuestro derecho positivo acepta exclusivamente como causales de casación en la forma: la *ultra petita* (art. 768 N° 4 CPC); la omisión del asunto controvertido (art. 170 en relación al art. 768 N° 5 CPC); y el que la sentencia contenga decisiones contradictorias (art. 768 N° 7 CPC).

La *ultra petita* se produce exclusivamente en dos hipótesis: cuando la sentencia otorga más de lo pedido por las partes o se extiende a puntos no sometidos a la decisión del tribunal. Dicha causal obedece a una vieja tradición jurídica, que ya estaba recogida en las Partidas (Ley XVI, título XXII, Partida 3ª, cuando establecía que era nula la sentencia que no guardara conformidad con la demanda)⁹.

La omisión del asunto controvertido se produce cuando no se resuelven las acciones o excepciones opuestas en los actos de petición o postulación fundamentales.

Las decisiones contradictorias surgen cuando la parte resolutive del fallo contiene mandatos que se anulan lógicamente, y por ende, no se pueden cumplir.

Nuestros legisladores no contemplaron como causales de casación ni la *citra* o *infra petita* ni la *extra petita*. La *extra petita* se da cuando se concede algo que no se ha pedido por

⁸ CS. 6 de septiembre de 1995, RDJ, t. 92, sec. 1ª, p. 85; en igual sentido, CS. 31 de agosto de 1989, RDJ, t. 86, sec. 1ª, p. 112; CS. 18 de enero de 1989, RDJ, t. 85, sec. 1ª, p. 12.

⁹ Sobre el alcance de esta causal, cfr. la sesión de la Comisión Revisora del proyecto de recurso de casación, acta de 16 de noviembre de 1880, publicada en *Revista Forense Chilena*, 1898, N° 3-4, pp. 150 y ss.

las partes¹⁰ o se hace una declaración que no corresponde con las pretensiones deducidas por los litigantes. A través de esta causal se busca controlar la forma como los jueces fundamentan sus sentencias, imponiéndole severos límites.

El control que busca la causal de *extra petita*, en lo que dice relación con una eventual declaración que no es acorde con las pretensiones deducidas, no se da en nuestro derecho, puesto que los jueces son soberanos para razonar y argumentar resolviendo la cuestión controvertida, sin que queden obligados a razonar en un determinado sentido, ni siquiera quedan vinculados a las consideraciones que le aportan las partes.

En nuestro sistema, las limitaciones que tienen los jueces para sentenciar apuntan en una dirección radicalmente distinta a lo que en teoría y derecho comparado se entiende cae dentro del vicio de la *extra petita*. Un breve repaso de los poderes de nuestro juez demuestra que tiene una considerable libertad para razonar y fundamentar su sentencia: 1º) En el pronunciamiento de una sentencia el juez está obligado a no conceder más de lo pedido, a no extenderse a puntos no sometidos a la decisión del tribunal, a fallar todas las acciones y excepciones que forman parte del objeto del proceso, y la que la sentencia no contenga decisiones contradictorias; 2º) La sentencia debe contener las consideraciones de hecho o de derecho que sirven de fundamento a la sentencia (art. 170 N° 6 del CPC.). Esta exigencia jurídica, en ningún caso, indica que el juez deba someterse a los razonamientos o argumentos que esgrimen las partes en los escritos que conforman la etapa de discusión.

Por otra parte, si se examina la jurisprudencia se podrá constatar que la pretendida *extra petita* no es admisible en nuestro derecho, ya que la forma de argumentar no es en sí misma un agravio. A propósito de la garantía de fundamentar las decisiones judiciales, la Corte Suprema ha insistido en decenas de fallos que "... la referida causal de nulidad formal se configura cuando la sentencia no contempla los razonamientos necesarios, referentes a los hechos que sirven de fundamento al fallo y también cuando no se desarrollan los argumentos jurídicos que lo determinan" (CS. 26 de mayo de 1998, inédita).

El deber de fundamentar se cumple cuando la sentencia contiene los requisitos de forma que indica el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, y que complementa el Auto Acordado de la Corte Suprema sobre la forma de las sentencias, de 30 de septiembre de 1920. Solo habrá un defecto en tal sentido cuando la sentencia no contiene las consideraciones de hecho o de derecho que le sirvan de fundamento a la decisión, esto es, cuando no se desarrollan los razonamientos fácticos y jurídicos que fundamentan el fallo y tienden a obtener la legalidad del mismo. Esta forma de entender la garantía evidentemente no debe llevar a un examen que se agote en un control meramente formalista, ya que la precariedad de las decisiones debe ser mirada, a nuestro juicio, como una falta de consideraciones.

Nuestro legislador, por inspiración liberal, ha reconocido a los jueces la mayor libertad posible para argumentar en sus sentencias de forma soberana, como mejor les parezca. Lo anterior queda en evidencia si repasamos la evolución de esta garantía en nuestro ordenamiento¹¹. No forma parte de nuestra tradición jurídica que se pueda controlar a través de un recurso de nulidad –como lo es la casación en la forma–, los argumentos que trae a colación un juez en su sentencia. Nuestros codificadores solo se interesaron por lograr que los fallos fueran fundados y el juez se mantuviera siempre dentro de los límites dados por la cuestión controvertida, pero no llegaron al extremo de querer controlar los razonamientos proporcionados en la sentencia judicial, salvo que estemos frente a las situaciones que por evidente exceso u omisión permiten anular una sentencia.

Desde otra perspectiva, es perfectamente posible que las partes no compartan las razones o argumentos dados por el tribunal en la fundamentación del fallo, pero tal situación no constituye un agravio reparable por la vía de la casación en la forma, ya que en esta parte estamos dentro del ejercicio de la facultad para pronunciar sus sentencias. Esta prerrogativa

¹⁰ Esta hipótesis se comprende en la definición de *ultra petita* que hace el art. 768 N° 4 CPC.

¹¹ Cfr. Nuestro comentario en esta misma Revista, "Las consideraciones de hecho y de derecho en la sentencia: en derecho esencial del justiciable", RCHD, vol. 27, N° 3, 2000, pp. 571-579.

judicial permite que los jueces puedan traer a sus sentencias los elementos de hecho que le parezcan más acertados para fundamentar sus decisiones, pero siempre que tal base fáctica constituyan argumentos de la decisión y no configuren una alteración de la cuestión debatida.

No se debe confundir la garantía del art. 160 del CPC, que consagra la máxima probatoria: "*judex iudicet secundum allegata et probata partium*", con una equivocada imagen del juez a la hora de sentenciar. Al momento de argumentar y fundamentar la sentencia el juez deja ser el *director del debate*. Por lo mismo, es lícito que traiga a colación en su sentencia elementos de hecho que aunque no hayan sido alegados expresamente, sean accesorios a la cuestión debatida y provengan, por ejemplo, de hechos notorios, de máximas de experiencia, o sean el fruto de la lícita iniciativa probatoria del juez.

LA PÉRDIDA DE LA PRUEBA COMO INFRACCIÓN

Dentro de las hipótesis que pueden entenderse comprendidas en el concepto jurisprudencial de las leyes reguladoras de la prueba, se debe incluir la pérdida de la prueba por parte del tribunal. Aunque se trata de un supuesto teórico, si se da tal hecho estamos frente una situación límite, que debe ser analizada desde una óptica procesal, viendo los límites que tiene el sentenciador para fallar la causa, ya que a lo menos a una de las partes se le puede vulnerar el contenido esencial del derecho a la prueba.

Estimar que esta situación se resuelve como si estuviéramos frente a una situación normal, esto es, aplicando la regla de la carga de la prueba, podría llevar al absurdo de condenar a una parte sin haberla oído. En efecto, dentro del derecho a probar está la obligación del juez de ponderar las pruebas rendidas en el juicio y a partir de ese supuesto aplicar las consecuencias del *onus probandi*. Resulta impensable que un juez pueda pronunciarse sobre el fondo del litigio —con la seriedad que demanda todo proceso— si en su mismo tribunal se ha extraviado la prueba.

Desde el punto de vista de las partes, el negligente extravío de los antecedentes las priva de utilizar los medios de prueba pertinentes, oportunamente rendidos, infringiendo la garantía constitucional de un justo y racional procedimiento y específicamente el derecho a probar.

Desde el punto de vista de las sanciones procesales, no se discute que la prueba rendida extemporáneamente no debe ser considerada por el juez. Sin embargo, nada dice la ley sobre la ineficacia jurídica se debe aplicar cuando se extravía la prueba por el propio juez de la causa. Solo indirectamente se enfrenta el problema a través de la reconstitución de los autos, pero esta gestión podría resultar insuficiente cuando no se puedan repetir las condiciones de hecho que un determinado medio probatorio había recogido.

Considerando que este problema no tiene una solución legal expresa, lo más lógico es recurrir a los principios informadores del sistema probatorio para enfrentar la dificultad. Por ejemplo, en el proceso penal esta situación se debería resolver aplicando el principio de inocencia, ya que solo a la luz de esta garantía procesal se evitará condenar a una parte a la que el propio órgano jurisdiccional (o el órgano encargado de la investigación), por falta de diligencia o cuidado, le está desconociendo su derecho a la prueba. El mismo criterio debería aplicarse a los procedimientos administrativos donde el juez tiene la calidad de parte, como ocurre actualmente en las causas tributarias. En este último caso, por la proximidad que se advierte entre el Derecho Tributario y el Penal, no debería existir duda acerca de la posibilidad de aplicar el principio de inocencia para resolver un problema de esta magnitud¹². Aun-

¹² Es evidente que ambos derechos descansan en el principio de la legalidad, no existiendo ni delito ni tributo sino es por una ley. En el caso tributario, el incumplimiento de la obligación tributaria acarrea consecuencias jurídicas muy diversas al incumplimiento de una deuda civil, ya que permite iniciar causas penales por delito tributario, e incluso aplicar apremios personales al deudor. Este compromiso de la libertad personal que conlleva la inobservancia de las proscriptores tributarias, conduce naturalmente al contenido del principio de inocencia.

que en los procesos tributarios, conforme al artículo 21 del Código del ramo, el peso de la prueba recae en el contribuyente, parece natural que ante la pérdida de la prueba rendida, el contribuyente pase a estar amparado por la presunción de inocencia. Es lógico que el afectado sea liberado de consecuencias jurídicas que el propio Fisco no está en condiciones de sostener, si se ha generado un estado de indefensión por negligencia del juzgador. Si no se respeta tal límite, a nuestro entender, se estará cometiendo también una infracción a las leyes reguladoras de la prueba.