

LA PRUEBA EN EL RECURSO DE APELACIÓN CIVIL

Hugo PEREIRA ANABALÓN*

SUMARIO

I. *Propósito*. II. *Justificación del segundo grado jurisdiccional*. III. *Eficacia prevaleciente del fallo del segundo grado*. IV. *Conexión entre el primero y el segundo grados jurisdiccionales*. V. *La segunda instancia como mera revisión y como creación*. VI. *Hechos nuevos en la alzada*. VII. *Producción de pruebas en la alzada*. VIII. *Pruebas aportadas por impulso de parte*. IX. *Prueba instrumental aportada por impulso de parte*. X. *Término probatorio en la apelación*. XI. *Pruebas aportadas por impulso del tribunal*.

I. *Propósito*

El principio de doble instancia¹ o de doble grado de jurisdicción² sobre el que está orientado el sistema civil, cuyo estudio se proyecta tanto hacia la competencia del órgano jurisdiccional³ cuanto al desarrollo de la relación procesal, constituye ahora objeto de nuestra preocupación, en el sentido de que el doble examen formulado por órganos jurisdiccionales diferentes en momentos sucesivos, se endereza a la situación de hecho que valora el juez para la expedición del juicio jurídico de segundo grado.

Formularemos la problemática elemental que plantea este principio en relación con el proceso civil ordinario chileno, para lo cual haremos breve recapitulación previa de conceptos generales.

II. *Justificación del segundo grado jurisdiccional*

Es obvio, como apunta Beceña⁴ que el procedimiento ganaría en simpli-

* Profesor ordinario y director del Seminario de Derecho Procesal y Práctica Forense en la Escuela de Derecho de la Universidad de Chile.

¹ Según terminología nacional.

² Según terminología de Chiovenda, *Instituciones de derecho procesal civil*, Madrid, 1954, vol. I, p. 62.

³ Nótese que el art. 188 del Código Orgánico de Tribunales se refiere sólo a la competencia de única y de primera instancia, omisión aplicable únicamente por un gran olvido de la Comisión Revisora del Proyecto de Vargas Fontecilla. Sobre el particular, véase Ballesteros, Manuel Egidio, *La Ley de organización y atribuciones de los tribunales de Chile*, Santiago, 1890, tomo II, pp. 303 y 304.

⁴ "Sobre la instancia única o doble en materia civil", en *Revista de derecho privado*, Madrid, 1933, tomo XX, p. 66.

cidad y rapidez con el establecimiento de la instancia única; pero la cuestión es determinar:

si estas ventajas puramente externas del proceso se obtienen con el sacrificio de las necesarias y mínimas garantías que aquél debe ofrecer a los ciudadanos y, en segundo lugar, si los mismos beneficios pueden o no buscarse y conseguirse con reformas de aquella *accidentalía* procesales de la que nuestro enjuiciamiento ofrece abundantísima flora, sin disminuir por ello el valor que toda ordenación procesal debe representar para el Estado que legisla y administra justicia y para el ciudadano cuyos derechos no tienen más protección posible que ésta.

Históricamente y desde el procedimiento en Roma,⁵ la apelación es un instrumento de poder político para concentrar atribuciones en el emperador; en el derecho canónico, en manos de los pontífices; en la Edad Media, en las del rey para paliar los excesos del poder feudal. Fueron también motivaciones políticas las que en la Francia prerrevolucionaria plantearon el problema de su supresión o mantenimiento.⁶ Pero no hay duda de que en la actualidad el problema se desplaza en diferente sentido: se trata de una cuestión de justicia, de técnica procesal y no de medida de concentración de poder político.

En otro sentido, cabe observar que desde el ángulo de las partes parece apoyada en fundamentos razonables y prevista de legitimidad la aspiración de obtener un nuevo pronunciamiento que eventualmente modifique o revoque una resolución que les agravia; desde el punto de vista del Estado, la doble revisión a cargo de jueces diversos es deseable porque afina y pule la forma de ejercicio de una función que le es propia. Es decir, el recurso de apelación que provoca la segunda instancia, junto con satisfacer al particular en cuanto a que su razón o su sinrazón va a ser sancionada por varios jueces, es un vehículo que el Estado aprovecha para fines públicos, así como el colorido de la flor sirve a los fines de la naturaleza al atraer al insecto portador del polen que puede fecundarla.

Desde otro punto de vista, la función jurisdiccional, en su esencia, importa una labor intelectual que mira a la determinación de tres aspectos diversos, pero a la vez estrechamente conectados: la elección de la norma jurídica, la precisión de los hechos y la subsunción de los hechos en la norma. Como bien apunta Beceña,⁷ el primer aspecto se encuentra suficientemente garantizado en el proceso por el régimen de codificación que

⁵ Si bien en el procedimiento de las acciones de la ley, así como en el extraordinario, está ausente el poder de las partes de impugnar mediante apelación la sentencia del *iudex*, derecho que aparece en cambio en el procedimiento extraordinario. Sobre el particular, véase Alvarez Suárez, Ursicino, *Curso de derecho romano*, Madrid, 1955, p. 467, especialmente la nota 504; y Scialoja, Vittorio *Procedimiento civil romano*, Buenos Aires, 1954, pp. 356 y ss.

⁶ Beceña, *op. cit.*, *supra*, nota 4, pp. 66 y 67.

⁷ *Idem*, p. 68.

nos rige y la calidad de *jurisperitos* de los magistrados. El problema debe centrarse, por ende, en los dos restantes, especialmente el segundo, ya que:

la fidelidad con que la declaración de la existencia de los hechos se realice condiciona el valor de todas las operaciones subsiguientes, que aun hechas a la perfección desde un punto de vista lógico, pueden carecer de toda significación jurídica si por error en la fijación de aquéllos se concretan a valorar supuestos de hechos que no tienen realidad.⁸

Ahora bien, si el derecho está codificado, los jueces son técnicos en la ciencia del derecho y el proceso se desenvuelve en tres etapas sucesivas en que la aplicación e interpretación de la norma jurídica es realizada y controlada, pasando por los grados de la instancia y culminando en la casación, no parece equilibrado asignar solamente a una de esas fases, el establecimiento y fiscalización de los hechos, por su índole variables, transitorios, contingentes. Las sabidas máximas romanas *iura novit curia* y *da mihi factum, dabo tibi ius*, indican con claridad que la preocupación fundamental del juez de la instancia mira antes a la exacta y precisa determinación de los hechos que al establecimiento del derecho objetivo, que él sabe o debe saber en razón de su oficio.⁹

Todo lo cual parece conducir a la conclusión que sin deterioro de la justicia no es posible prescindir de la segunda instancia; y si ella, por la fuerza natural de las cosas, exige el empleo de tiempo que difiere para momento posterior el pronunciamiento de un fallo que por regla general suspende la eficacia de la sentencia de primer grado, una adecuada regulación del procedimiento de la apelación puede disminuir tal inconveniente, en todo caso de menor rango que el que deriva de un falso o insuficiente conocimiento de los hechos.

Lo que significa que la escasa cuantía, la naturaleza del litigio, la clase de resolución u otras razones, no hagan aconsejable, por excepción la instancia única.

Con todo, este ya viejo problema no es de fácil solución. Se une a él la cuestión relativa a la forma o estructura que el proceso, civil o penal, puede tener y de los principios formativos que lo determinan. En efecto, el proceso oral, que no sólo implica una cierta forma de comunicación entre los sujetos del proceso, sino un complejo de principios que se integran y armonizan haciendo posible la inmediatez y, por ende, un mejor y cabal conocimiento de los hechos, nos conduce inevitablemente a la idea de que

⁸ *Idem*, p. 69.

⁹ Morelli, Gaetano, apartándose de la interpretación prevaleciente del brocardo *iura novit curia*, estima que "no indica la obligación del juez de conocer el derecho, obligación que no se podría afirmar ilimitadamente ni aun siquiera respecto solamente del derecho escrito nacional, sino que indica, por el contrario, la obligación y el poder del juez de procurarse, con los medios de que dispone, el conocimiento de la norma que tiene que aplicar", *Derecho procesal civil internacional*, Buenos Aires, 1933, p. 62.

es preferible una sola instancia en un sistema procesal oral, a la existencia de varias instancias inadecuadas para adquirir un conocimiento hondo y penetrante, en un sistema procesal regido por la escrituración.

Así se explica la incontenible tendencia a la oralidad con instancia única en las legislaciones contemporáneas y en los más recientes debates doctrinarios sobre el problema.¹⁰

III. Eficacia prevaleciente del fallo del segundo grado

Se expresó¹¹ que la apelación implica un doble examen del material de conocimiento efectuado por órganos diferentes en momentos sucesivos. Interesa saber ahora cuál de esos exámenes prevalece y la respuesta inmediata, consciente o inconsciente, es la de que prima el examen y decisión del tribunal de jerarquía más alta. Esta noción es recogida expresamente por nuestros códigos procesales.¹²

Con todo, apunta Scialoja¹³ que aunque un tribunal sea superior jerárquico de otro inferior, vemos a diario que “el magistrado superior puede juzgar peor que el magistrado inferior”; y la observación parece exacta si se piensa que en materia de bondad de la justicia, el problema no radica en la jerarquía, sino en la calidad del juez.

La explicación de esa primacía es básicamente histórica y se remonta al origen de la *appellatio* en Roma, instituto que surge junto con la noción de jerarquía administrativa que constantemente influyó, como destaca ese autor, en su organización judicial. Cabe, sin embargo, admitir, lógicamente, que si aumenta el poder del magistrado en la medida del aumento de la jerarquía, habrá una autoridad con mayor potestad que otra con menor potestad, es decir, que potestad pública y mayor jerarquía corren paralelamente y, por ende, que la resolución de la autoridad con mayor poder debe en derecho prevalecer sobre la resolución de la autoridad con menor poder.

Por otra parte, si bien es cierto que el juez superior “puede” juzgar peor que el inferior, variadas circunstancias —pluralidad de jueces en la alzada, mayores posibilidades de debate en el juzgamiento, aumento de

¹⁰ Nos referimos a las Segundas Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal, celebradas en México en febrero de 1960 y al debate siguiente a la ponencia del doctor Raúl Moretti sobre “Situación y perspectivas de la oralidad en América”. Véase, sobre el particular, la publicación del material respectivo hecha por el Instituto Mexicano de Derecho Procesal, México, 1960, pp. 643 y ss.; véase, asimismo, Pasini, Emilio, *Posibilidad de implantar la instancia única en el procedimiento civil y comercial de la capital federal*. Buenos Aires, 1964, especialmente el capítulo iv, y la relación del ministro guardasellos presentada para la aprobación del Código de Procedimiento civil italiano de 1940, en su párrafo 30, relativo al sistema de los medios de impugnación.

¹¹ *Supra*, párrafo 1.

¹² Arts. 110 del Código Orgánico de Tribunales; 170 y 186 del Código de Procedimiento Civil, y 512, 514, 528 y 530 del Código de Procedimiento Penal.

¹³ *Op. cit.*, *supra*, nota 5, p. 357.

la experiencia de los magistrados, etcétera— indican que el fallo del superior normalmente debe ser mejor y por ello prevalecer sobre la decisión del inferior.

IV. *Conexión entre el primero y el segundo grados jurisdiccionales*

Aceptado el principio de la doble instancia, conviene precisar el sentido de las relaciones entre una y otra.

Ambos grados jurisdiccionales forman parte de un mismo proceso y se conectan en virtud del principio de la unidad de la relación procesal, si bien el procedimiento o la forma del proceso presenta diferente estructura en el segundo grado. Por ello no parece en rigor exacta la aseveración de Chioyenda¹⁴ en cuanto que “el procedimiento de la apelación puede considerarse como la prosecución del procedimiento de primera instancia reanudado en el estado en que se encontraba antes de cerrarse la discusión (al concluirse para sentencia)”. En verdad parece más propio expresar que en la alzada se reanuda la misma y única relación procesal con un procedimiento diferente, más allá de la suspensión producida por la interposición de la apelación contra el fallo del primer grado y el transcurso del plazo que el recurrente tenía para hacerlo.

En los sistemas procesales que aceptan la autoridad de la cosa juzgada antes del agotamiento de los recursos extraordinarios, el fallo de segundo grado clausura la relación procesal. En nuestro sistema procesal civil y penal,¹⁵ en cambio, la autoridad de cosa juzgada no se produce si la vía extraordinaria de la casación no se agota y, por ende, la relación procesal subsiste más allá de la sentencia de segundo grado.

Pero ciertamente, el objeto de la decisión cambia en las diversas instancias, por una parte, y en la casación por otra, puesto que, como es sobradamente sabido, en las instancias se juzga el conflicto jurídico, “la relación litigiosa de mérito”, según los términos del ilustre Calamandrei, y en la casación sobre la nulidad o validez formal o substancial del fallo de segundo grado, frente al motivo invocado por el recurrente al formalizar la impugnación. Este es el sentido que en la ley procesal tiene el vocablo “sentencia de término”, como equivalente a decisión que pone fin a la última instancia, que da término al debate sobre la relación litigiosa de mérito, aunque no concluya con ella la fase casacional, porque el fallo de la casación recae sobre un objeto ajeno al conflicto mismo.¹⁶

Desde otro aspecto, la sentencia de segundo grado, confirmatoria o re-

¹⁴ *Op. cit.*, *supra*, nota 2, vol. II, p. 406.

¹⁵ Arts. 174 del Código de Procedimiento Civil, 43 y 539 del de Procedimiento Penal.

¹⁶ Arts. 153 del Código de Procedimiento Civil y 539 del de Procedimiento Penal, entre otros.

vocatoria o modificatoria, existe sólo en función de la primera. Como bien apunta Couture:¹⁷

Confirmatorio o revocatorio, el fallo de segunda instancia constituye una unidad con el fallo de primera instancia. Los efectos del de segunda, acogiendo o rechazando la demanda, prevalecen sobre los efectos del de primera; pero no pueden prevalecer sin el fallo de primera, del cual son una continuación necesaria y el cual es también antecedente necesario.

En consecuencia, si existe unidad substancial entre los fallos de primero y segundo grado, la relación procesal es la misma de ambas instancias, aunque con diferente ritualidad, y en ambas se juzga la relación litigiosa de mérito, significa que la naturaleza de la actividad procesal es igual en ambos grados, implica poder afirmar que una y otra instancia tienen idéntica calidad o carácter. Cabe solamente preguntarse, entonces, si dicha actividad de igual calidad no tiene en ambos grados jurisdiccionales algún elemento diferenciador en orden a la amplitud de la cognición para recoger material probatorio. Es lo que trataremos de inmediato de dilucidar.

V. La segunda instancia como mera revisión y como creación

Elementalmente y tratando de precisar la función de la segunda instancia con respecto a la primera pueden plantearse tres posibilidades lógicas: a) en alzada cabe únicamente revisar la sentencia apelada, ya en su fundamentación fáctica, ya en su fundamentación jurídica; b) en alzada se revisa la sentencia al recurso de apelación y todo el material de hecho acumulado en la primera instancia a más de la aplicación del derecho que en la decisión realizó el juez inferior y c) en alzada se revisa la sentencia apelada, el material de hecho acumulado en la primera instancia, la aplicación del derecho que en la decisión hizo el juez inferior y, además, se abre nueva discusión con admisión de nuevas acciones, nuevas excepciones, nuevos hechos y nuevas pruebas. La forma como el sistema positivo atiende estas interrogantes permite saber si para él la apelación es pura revisión o, también, creación.

Como acto de obtención, el recurso de apelación persigue, mediante influjos psíquicos ejercidos sobre el juez *ad quem*, la revocación o modificación de la sentencia pronunciada por el juez *a quo*. Esta idea es recogida por la ley procesal civil¹⁸ para la cual "el recurso de apelación tiene por objeto obtener del tribunal superior respectivo que enmiende, con arreglo a derecho, la resolución del inferior".

De aquí parece desprenderse que la revisión, en sentido lato, propia de la función del juez superior, se encuentra rigurosamente enmarcada por el ámbito de la resolución apelada, y no más; pero tal interpretación li-

¹⁷ "Naturaleza de la sentencia de segunda instancia", en *Estudios de derecho procesal civil*, Buenos Aires, 1951, tomo III, p. 379.

¹⁸ Art. 186.

teral obstaría a que el tribunal de alzada pudiera, con pleno conocimiento, enmendar el fallo impugnado en la primera instancia. Así, examinará las peticiones de las partes y su motivación de hecho y de derecho; las pruebas aportadas y su regularidad formal; cuáles son los hechos admitidos y los controvertidos; la admisibilidad y la pertinencia de la prueba; la interpretación del derecho realizada por el juez, etcétera. Como bien expresa Kisch:

En todos estos aspectos el tribunal de apelación examina el negocio de nuevo, *poniéndose en el lugar del primer juez y buscando la resolución que éste hubiese debido adoptar*. El segundo examen del tribunal de apelación se extiende, por tanto a las afirmaciones, contraafirmaciones, excepciones y peticiones de las partes, como también a las resoluciones judiciales provenientes de la primera instancia.¹⁹

Contestadas afirmativamente las dos primeras interrogantes, restaría el análisis de la tercera. Una primera observación surge sin dificultad: si en la alzada pudieran proponerse nuevas acciones no deducidas en primera instancia, significaría que no sería un segundo tramo de una misma relación procesal, sino una nueva relación procesal, un nuevo proceso. De otra parte, ello implicaría que la sentencia de la alzada resolvería sobre un objeto radicalmente diferente del decidido en primera instancia que el tribunal superior sentenciaría en única instancia, produciendo la ruptura del principio de gradualidad.

Debe rechazarse, en consecuencia, la posibilidad de introducir en la alzada nuevas acciones. Tal ha sido la orientación de las legislaciones que, como la alemana, italiana y francesa, han ido más lejos en materia de creación en segunda instancia, del derecho de innovar en la alzada. En efecto, el Código de Procedimiento Civil italiano de 1940 dispone en su artículo 345, inciso 1º que "en el juicio de apelación no pueden proponerse demandas nuevas y, si se proponen, deben rechazarse de oficio. Pueden demandarse, sin embargo, los intereses, los frutos y los accesorios producidos después de la sentencia impugnada, así como el resarcimiento de los daños sufridos después de dicha sentencia". Tal es también substancialmente, la orientación del Código de Procedimiento Civil francés (artículo 464) y en el Código Procesal Civil alemán (artículo 532) no se admite la alteración o ampliación de la demanda, así como tampoco la reconvencción.

El Código de Procedimiento Civil del Estado de la ciudad del Vaticano, de 1946, considerado uno de los más perfectos del mundo, es aún más perentorio al manifestar (artículo 351, inciso 1º) que:

en el juicio de apelación no se admiten demandas nuevas, y el juez no puede pronunciar sobre ellas, en el caso de que sean propuestas, ni siquiera si las partes están de acuerdo. El juez de apelación puede decidir cuestiones que

¹⁹ *Elementos de derecho procesal civil*, 4ª ed., Madrid, 1940, p. 291.

no fueron examinadas por el juez de primer grado siempre que estén comprendidas dentro de los límites de las demandas propuestas por las partes en primer grado.

Entendiéndose por demandas nuevas aquéllas en que están alternados los elementos persona, objeto pedido y causa de pedir (artículo 351, inciso 2º, y artículo 306).

Entre nosotros se ha sostenido²⁰ que “por regla general el tribunal superior no puede entrar a conocer de otros asuntos que los juzgados y fallados en primera instancia. Esto quiere decir que en segunda instancia no se pueden proponer demandas nuevas” y que “el apelante no es libre para hacer las peticiones que estime del caso en la expresión de agravios sino que debe encuadrar sus peticiones concretas estrictamente dentro de las acciones y excepciones aducidas en primera instancia”, afirmaciones fundadas en muy copiosa jurisprudencia nacional.

En cuanto a nuevas excepciones y nuevas pruebas, el Código italiano admite su introducción en alzada (artículo 345, inciso 2º), pero si pudieran oponerse o rendirse en el primer grado, se condena en costas al apelante e igual criterio informa el Código del Vaticano (artículo 351, inciso 3º) añadiendo que las nuevas excepciones, defensas o pruebas pueden ser “aun de la misma especie de las ya hechas valer en primer grado”.

Por lo que hace al proceso civil alemán, Kisch sostiene que la parte puede en la apelación “alegar hechos y emplear medios de prueba que antes dejó pasar o no conocía”, si bien admite que “no debe dejarse lugar a que una parte litigante sufra el perjuicio que le produciría la posibilidad de que el litigante contrario negligente tuviese siempre oportunidad de dejar para la segunda instancia todos los medios de ataque y defensa no empleados en la primera” y que:

... los medios de prueba y las excepciones probatorias no empleados en primera instancia son rechazados si su admisión implica una demora considerable de la resolución del negocio o cuando el tribunal tiene la convicción de que no fueron ejercitados en aquella instancia por negligencia grave o con ánimo de alargar el proceso.²¹

Nuestra ley procesal civil no admite en alzada, en principio, excepciones que debieron o pudieron ser opuestas en el primer grado, salvo si se trata de las de incompetencia del tribunal y de litispendencia que pueden, en forma incidental, oponerse en el segundo grado²² y las perentorias de prescripción, cosa juzgada, transacción y pago efectivo de la deuda cuando éste consta de antecedente escrito, con la limitación de tener que alegarse

²⁰ Espinoza Solís de Ovando, Alejandro, *De los recursos procesales en el Código de Procedimiento Civil*, Santiago, 1945, pp. 37 y 57; Sepúlveda Alamos, Luis, *El recurso de apelación ante la jurisprudencia*, Santiago, 1947, p. 93.

²¹ *Op. cit.*, *supra*, nota 19, pp. 292 y 293.

²² Art. 305, inc. final.

por escrito antes de la vista de la causa. Su tramitación tiene también forma incidental y puede haber recepción a prueba si el tribunal lo estima necesario.²³ Esto implica aceptar que la apertura a prueba de hechos fundantes de algunas excepciones que, aun opuestas en alzada, afectan al fondo de la causa, no tiene influjo para la recepción *del juicio* a prueba en la apelación, ya que se substancian incidentalmente y se abren a prueba en el mismo procedimiento accesorio, a discreción del tribunal.

El *ius novorum* en nuestra apelación civil se extiende también a las cuestiones accesorias o incidentales que se suscitan en el curso de la impugnación.²⁴

Finalmente, en cuanto a la admisión de nuevos hechos y de nuevas pruebas, nos ocuparemos en especial en los números que siguen.

VI. Hechos nuevos en la alzada

Obviamente, el principio de justicia debe conducirnos a la apertura, en la mayor medida posible, de las posibilidades de llegar a la verdad material y, por tanto, de atribuir a las partes el derecho de alegar hechos nuevos sin limitaciones; pero ello pugna con un principio de orden y de disciplina en el debate, la preclusión, que nos compele al imperativo de alegarlos en tiempo y forma debidos. Menester es, pues armonizar estos extremos en una fórmula que no perjudique la justicia por la rigidez o absolutismo de la preclusión y que a la vez, no signifique, por hacer justicia, introducir el desorden y la anarquía en el proceso.

Veamos cómo se soluciona en la ley positiva chilena vigente esta disyuntiva.

En la primera instancia del juicio ordinario de conocimiento, la fase facticia fundamental fijada en los escritos anteriores a la recepción a prueba²⁵ es susceptible de ser ampliada a hechos ocurridos en el término probatario si están substancialmente relacionados con aquellos, es decir, a hechos *sobrevinientes* ocurridos en ese lapso y también a hechos *no sobrevinientes*, verificados y no alegados antes de recibirse la causa a prueba, jurando quien los aduce que sólo entonces han llegado a su conocimiento.²⁶ Esta ampliación abre una incidencia que, al ser contestada, permite a la contraparte alegar hechos que tengan las expresadas calidades.²⁷ Estos hechos, *objetivamente nuevos*, si son sobrevinientes, o *subjétivamente nuevos*, si no son sobrevinientes pero la parte no los conocía, son también objeto de prueba en la primera instancia.

Con respecto a hechos nuevos en la segunda instancia, no encontramos normas tan explícitas como las que regulan la materia en primera instancia; pero el inciso final del artículo 385 del Código de Procedimiento Civil,

²³ Art. 310.

²⁴ Art. 220.

²⁵ Art. 318.

²⁶ Art. 321.

²⁷ Art. 322.

permite sostener su aceptación al manifestar que “las partes sólo podrán exigir la confesión hasta dos veces en primera instancia y una vez en segunda; pero si se alegan hechos nuevos *durante el juicio*, podrá exigirse una vez más”. En efecto, la primera parte de esta disposición alude tanto a la primera como a la segunda instancia para, acto seguido, referirse a la alegación de hechos nuevos “durante el juicio”, tomado este vocablo como sinónimo de “proceso” o de “relación procesal” y ya demostramos sin dificultad²⁸ que en ambas instancias estamos ante un mismo proceso, una misma relación procesal. En otras palabras, en la primera y en la segunda instancia cabe la invocación de hechos nuevos. Pero aun, reforzando este aserto, en la apelación penal la ley²⁹ permite expresamente alegar hechos nuevos que puedan tener importancia para la resolución del recurso, ignorados hasta el vencimiento del término probatorio de primera instancia, norma que sin obstáculo podemos aplicar al proceso civil por analogía. En el punto de que se trata, pues, nuestra legislación continúa la tradición romana, en la cual no era extraño al poder del magistrado superior admitir ante él *nuevos hechos*, a más de nuevas pruebas y diversas fundamentaciones de las invocadas ante el magistrado inferior.³⁰

VII. Producción de pruebas en la alzada

Hemos establecido la premisa que en alzada no cabe admitir nuevas acciones ni, en principio, nuevas excepciones, salvo las dilatorias y las perentorias que expresamente señala la ley. En consecuencia, queda excluida la posibilidad de producir pruebas relativas a hechos en que se apoyen acciones que no pueden deducirse en la apelación. Tampoco son admisibles pruebas con que se pretenda acreditar hechos en que se funden excepciones que no pueden oponerse y, respecto de las que pueden oponerse, sólo son admisibles si el tribunal respectivo lo estima necesario.³¹

Pueden, además, producirse pruebas para acreditar hechos nuevos, cuya invocación es posible, según acaba de demostrarse.

Pero el problema hasta aquí no existe. Él radica verdaderamente en saber si, fuera de todos estos casos, es posible admitir la aportación de pruebas en la apelación, es decir, *si en alzada es posible admitir pruebas que se refieran a hechos del contradictorio de la primera instancia recibidos a prueba en la interlocutoria de prueba y a hechos nuevos alegados en esta instancia.*

Para atender esta medular cuestión, distinguiremos entre pruebas que pretendan aportar las partes por propio impulso y pruebas que deban aportarse por impulso del tribunal.

²⁸ *Supra*, párrafo iv.

²⁹ Art. 517, núm. 1.

³⁰ Scialoja, *op. cit.*, *supra*, nota 5, p. 363 y Álvarez Suárez, *op. cit.*, *supra*, nota 5, p. 582.

³¹ Arts. 305, inc. final y 310.

VIII. Pruebas aportadas por impulso de parte

Ya se ha visto cómo en Roma³² se confería al juez del segundo grado amplia competencia para admitir nuevas pruebas aportadas por las partes. A este influjo no se sustraen legislaciones tan perfeccionadas y modernas como el Código del Estado de la ciudad del Vaticano, que autorizan al juez de la apelación, si éste lo considera necesario, ordenar la renovación, en todo o en parte, de las pruebas recogidas en el juicio de primer grado.³³

La Ley de Enjuiciamiento Civil de España también lo permite, pero restrictivamente a los casos que expresamente indica, es decir, tales casos son de calificación legal y no judicial.³⁴

Nuestro Código contiene a lo largo de su articulado diversas disposiciones que implican la aceptación, en alguna medida, de pruebas en el grado de la apelación.³⁵ Menester es, sin embargo, fijar su sentido para obtener conclusiones en lo posible claras, que desentrañen la orientación que informa a nuestra ley procesal civil en este importante aspecto.

El precepto fundamental objeto de nuestro examen en el artículo 207, que expresa:

Sin perjuicio de las facultades concedidas por el artículo 159, pueden los tribunales de alzada admitir a las partes las pruebas que no hayan producido en primera instancia; pero la testimonial sólo cuando no se haya podido rendir en dicha instancia y acerca de hechos que no figuren en la prueba rendida y que sean estrictamente necesarios, en concepto del tribunal, para la acertada resolución del juicio.

De la simple lectura del precepto, se infiere que en él existen confun-

³² *Supra*, párrafo vi.

³³ Art. 365.

³⁴ El art. 862 de dicha ley expresa:

“Sólo podrá otorgarse el recibimiento a prueba en la segunda instancia.

1º En el caso del art. 567, si la Sala estimare pertinente la diligencia de prueba desestimada en primera instancia;

2º Cuando por cualquier causa no imputable al que solicitare la prueba, no hubiera podido hacerse en la primera instancia toda o parte de la que hubiere propuesto;

3º Cuando hubiere ocurrido algún hecho nuevo, de influencia en la decisión del pleito, con posterioridad al término concedido para proponer la prueba en primera instancia;

4º Cuando después de dicho término hubiere llegado a conocimiento de la parte algún hecho de influencia notoria en el pleito, ignorado por la misma, si jura que no tuvo antes conocimiento de tal hecho;

5º Cuando el demandado declarado en rebeldía se hubiere personado en los autos en cualquiera de las dos instancias, después del término concedido para proponer la prueba en la primera.

En los cuatro primeros casos se limitará la prueba a los hechos a que se refieren; en el último se admitirá toda la pertinente que propongan las partes”.

³⁵ Arts. 207, 348, 385, 412, 800, núms. 3º y 7º; en relación este último con el art. 795, núms. 3º y 5º.

didadas tres materias conexas pero diferentes: 1º) referencia al precepto que autoriza al tribunal para ordenar medidas para mejor resolver; 2º) poder del tribunal para recibir enalzada las pruebas que las partes no hayan producido en primera instancia, y 3º) condiciones para que el tribunal de alzada pueda admitir prueba testimonial.

El primer punto será objeto de examen posterior³⁶ y en cuanto a los restantes, cabe señalar que, relativamente a cualesquiera pruebas que no sean la testimonial, la ley aparentemente asigna al juez un poder discrecional para recibir las que no hubiesen producido los litigantes en primera instancia. En cuanto a la testimonial, le atribuye un poder reglado que la hace excepcional y restrictiva.

Sin especial fundamentación, cierta doctrina nacional³⁷ se inclina por no admitir en alzada pruebas que las partes pudieron rendir en primera instancia; otra,³⁸ con la cual es acorde alguna jurisprudencia, considera que la producción de las pruebas queda entregada "a la estimación discrecional del respectivo tribunal", sin señalar limitación de ningún género.

Nosotros estimamos que para obtener conclusiones válidas, es preciso desarrollar un complejo de antecedentes relativos no sólo al texto, sino al contexto de las disposiciones reguladoras de la aportación judicial de las pruebas, a la historia fidedigna de su establecimiento y a elementales principios formativos del procedimiento civil.

En efecto, la prueba de los hechos invocados en el contradictorio de la primera instancia, tiene precisas oportunidades para su producción: todo el curso de esta primera fase jurisdiccional hasta antes de la citación para sentencia y, particularmente, el término probatorio en sus diversas especies, salvo la testimonial que sólo puede rendirse en dicho término. Las normas respectivas³⁹ no ofrecen ninguna clase de dudas en el sentido indicado.

Esta ordenación del debate disciplina la actividad de los sujetos de la relación procesal, de modo que la falta de ejercicio por las partes de sus derechos procesales, incluso por cierto de aquellos que atañen a la aportación del material probatorio, se extingue por preclusión, principio constante que sirve y acompaña al proceso en todo su desarrollo, como la sombra al cuerpo, impidiendo la pérdida del progreso obtenido en virtud del impulso procesal y, consecuentemente, clausurando las posibilidades de retroceso del procedimiento a situaciones o momentos procesales ya superados.⁴⁰

³⁶ *Infra*, párrafo xi.

³⁷ Espinoza, *op. cit.*, *supra*, nota 20, p. 67.

³⁸ Sepúlveda, *op. cit.*, *supra*, nota 20, pp. 93 y 94.

³⁹ Arts. 433, inc. 1º y 340, inc. 1º.

⁴⁰ Couture, Eduardo, *Fundamentos del derecho procesal civil*, Buenos Aires, 1958, p. 194; Chiovenda, *op. cit.*, *supra*, nota 2, pp. 432 y ss.; Pereira Anabalón, Hugo, *La cosa juzgada formal en el procedimiento civil chileno*, Santiago, 1954, pp. 117 y ss.; Wyness Millar, Robert, *Los principios formativos del procedimiento civil*, Buenos Aires, 1945, pp. 93 y ss.

El efecto preclusivo de la citación para sentencia en primera instancia, no tiene un sentido precario de clausura puramente momentánea de posibilidades de aportación de pruebas que luego renacen en la segunda instancia sin limitación de ninguna especie, sino consecuencias más hondas que miran substancialmente a la extinción del derecho de aportación de pruebas que no se produjeron en la estación o fase procesal que les está destinada, salvo las excepciones que surjan del sistema de la ley o de normas expresas inspiradas en razones de evidente justicia, en que la preclusión no es rígida o absoluta, sino relativa, elástica o adaptable.⁴¹

De ahí que no sea admisible la aportación de pruebas en alzada relativamente a hechos contradictorios de primera instancia, que las partes estuvieron en situación de hacer valer en el primer grado. Por el contrario, cabe admitirlas si no pudieron producirse por causas ajenas a la voluntad de los litigantes en todo o en parte.

Esta orientación está corroborada por la tradición española que, a diferencia de la francesa, alemana e italiana, ha estado siempre orientada a dar a la segunda instancia su contenido de mera revisión y no de creación.⁴² Incluso Kisch, autor formado en una escuela procesal que se pronuncia en favor del *ius novorum*, considera, como se expuso,⁴³ que la prueba debe rechazarse si en concepto del tribunal hubo negligencia para aportarla en primera instancia o ella se omitió con el ánimo de dilatar el proceso.

Tal es, también, el criterio restrictivo que informa al Proyecto de Código de Procedimiento Civil para el Uruguay, puesto que en la apelación de sentencias definitivas sólo se admiten la documental y la confesional y ni aun éstas en la apelación de interlocutorias y providencias de trámite que causen gravamen irreparable,⁴⁴ criterio que su autor fortifica en páginas posteriores.⁴⁵

La historia fidedigna del establecimiento del artículo 207 es ampliamente confirmatoria de nuestra opinión si se observa que los proyectos del Código vigente de los años 1884 y 1893 contenían preceptos⁴⁶ que facul-

⁴¹ Véase el párrafo 24 de la relación del ministro guardasellos para la aprobación del Código de Procedimiento Civil de Italia, relativo a la "Preclusión de las deducciones y sus atenuaciones", en que se adopta la fórmula de abolir el *ius novorum*, con la atenuación de admitir en alzada nuevas pruebas y aun nuevas excepciones, "siempre que el juez reconozca la existencia de graves motivos que aconsejen la autorización a las partes para llevar a cabo tales actividades".

⁴² Couture, *op. cit.*, *supra*, nota, 17, pp. 385 y ss.

⁴³ *Supra*, párrafo v.

⁴⁴ Arts. 500 y 503.

⁴⁵ Couture, *op. cit.*, *supra*, nota 17, p. 359.

⁴⁶ El art. 196 del proyecto de 1884, expresaba: "Pueden los tribunales de alzada admitir a las partes las pruebas que no hubieren rendido en la primera instancia; pero la testimonial sólo acerca de hechos no articulados ante el juez *a quo*". A su vez, el artículo que con igual número contenía el proyecto de 1893, establecía: "sin perjuicio de las facultades concedidas por el art. 165, pueden los tribunales de alzada admitir a las partes las pruebas que no hubieren rendido en primera instan-

taban a los tribunales de alzada para "admitir a las partes las pruebas que no hubieren rendido en primera instancia", términos que objetó el señor Montt, respecto del proyecto de 1893, en la Sesión 10 de la Comisión Mixta encargada de su revisión, manifestando que "este artículo está redactado en términos tan comprensivos que, no habiéndose producido prueba alguna en primera instancia, podría recibirse la causa a prueba en segunda, siempre que la cuestión fuera de hecho; y que *el propósito de la ley no pudo ser otro que autorizar la rendición de prueba en segunda instancia sólo en el caso que no hubiera podido hacerse en primera*". Así lo estimó también la Comisión y acordó modificar el artículo proyectado, dándole la redacción que actualmente tiene el artículo 207.⁴⁷

Con todo, la observación del señor Montt, aceptada unánimemente por la Comisión, tuvo, como puede fácilmente percibirse, carácter general para toda clase de pruebas y no solamente para la testimonial como reza la parte segunda de dicha disposición, omisión que, si bien lamentable, carece de especial trascendencia, puesto que la historia del establecimiento de la norma es lo suficientemente clara e ilustrativa para precisar el sentido que hemos asignado a la facultad que tiene el tribunal de alzada para admitir a las partes pruebas en el segundo grado, que no sean la testimonial.

Pero hay más. La interpretación que se viene dando es la única coherente y armónica con el artículo 800, número 7, y la historia de su establecimiento, precepto que señala la recepción de la causa a prueba, la práctica de diligencias probatorias cuya omisión podría producir indefensión y la citación para alguna diligencia probatoria, como trámites esenciales en la segunda instancia, cuando en esta fase "proceda el trámite de recibir la causa a prueba".

Efectivamente, en la sesión 99 de la Comisión Revisora del proyecto de 1884 y estando en discusión el artículo 825, se expresó por los señores Campillo y Huneus que consideraban inaplicables a la segunda instancia el recibimiento de la causa a prueba y la práctica de diligencias probatorias, señaladas en dicho artículo como trámites esenciales en esa instancia, por referencia a los motivos 2º y 3º del artículo 812, porque "la prueba no es en ningún caso trámite necesario de la segunda instancia: *el proceso debe venir completamente formado al tribunal de alzada*", aunque el señor Huneus echó de menos la agregación de *los instrumentos presentados por las partes* y la citación para sentencia definitiva, puntos en que estuvo también conforme el señor Lira. En definitiva, la Comisión acordó redactar el precepto indicando como trámites esenciales en la segunda instancia los siguientes: 1º) la citación y emplazamiento de las partes; 2º) la expresión de agravios y su contestación; 3º) la agregación de los instrumentos pro-

cia; pero la testimonial sólo acerca de hechos que no figuren en la prueba rendida y que sean estrictamente necesarios en concepto del tribunal para la acertada resolución del juicio".

⁴⁷ Lazo, Santiago, *Código de Procedimiento Civil. Orígenes, concordancias, jurisprudencia*, Santiago, 1922, p. 205.

sentados por las partes; 4º) la contestación al escrito de adhesión a la apelación deducida en tiempo y forma; 5º) la citación para oír sentencia definitiva.

Posteriormente, el artículo 948 del proyecto de 1893, estableció como trámites esenciales en alzada los mismos que fijó el proyecto de 1884, con leves cambios de redacción, si bien añadiendo "la fijación de la causa en tabla para su vista en los tribunales colegiados". Ahora bien, en la sesión 36 de la Comisión Mixta encargada de la revisión del proyecto de 1893, observó el señor Vergara que el proyecto autorizaba "*en algunos casos, la recepción de prueba en segunda instancia y que con relación a ellos, éste sería sin duda un trámite esencial en dicha instancia*". La Comisión acogió la observación y acordó agregar como trámite esencial "el recibimiento de la causa a prueba o la práctica de diligencias probatorias, cuando proceda este trámite en la segunda instancia".⁴⁸

Aunque en definitiva la redacción correspondiente a este trámite sufrió cambios formales como puede notarse con la simple lectura del artículo 800 número 7, el sentido de la norma es actualmente el mismo que indica la historia de la ley, a saber, que como la apelación es revisión y no creación, el proceso debe llegar al tribunal de la apelación completamente formado en materia de aportación de pruebas o, lo que es igual, ante el tribunal de alzada no cabe aportar pruebas que pudieron o debieron aportarse en primera instancia. Con todo, el señor Vergara no especificó aquellos ciertos casos en que se autoriza, rompiendo el principio, la aportación de pruebas no rendidas en primera instancia, y que motivarían la dictación de una resolución ordenando la recepción del juicio a prueba. ¿Cuáles son esos casos? En este estado de nuestra exposición la respuesta fluye fácil. El señor Vergara no pudo referirse sino a los casos previstos en el artículo 196 del proyecto de 1893⁴⁹ con el alcance formulado por el señor Montt en la sesión 10 de la Comisión Mixta encargada de su revisión y que ésta acogió unánimemente, es decir, a la prueba testimonial cuando no pudo rendirse en primera instancia, acerca de hechos que no figuren en la prueba rendida y que sean estrictamente necesarios en concepto del tribunal para la acertada resolución del juicio y a las demás pruebas que no sea la testimonial no rendidas en primera instancia, acreditando la parte respectiva que no pudo hacerlo por causas extrañas a su voluntad.

Por cierto, cabe también la apertura *del juicio* a prueba en la alzada relativamente a hechos nuevos en ella invocados;⁵⁰ pero no es posible sostener lo mismo relativamente a excepciones que la ley autoriza oponer en segunda instancia, por razones ya consignadas.⁵¹

Nuestra tesis está ampliamente confirmada por el texto del artículo 517

⁴⁸ *Idem*, pp. 833 y 834.

⁴⁹ Véase la nota 46.

⁵⁰ *Supra*, párrafo vi.

⁵¹ *Supra*, párrafo v.

del Código de Procedimiento Penal, cuya aplicación analógica puede invocarse en este caso sin inconveniente.

En suma, en las dos primeras situaciones renace, excepcionalmente, el derecho de las partes de rendir pruebas pertinentes a hechos que se adujeron en primera instancia y, por ende, respecto de tales hechos y pruebas la citación para oír sentencia ordenada en esa instancia tiene efecto preclusivo elástico o relativo.

IX. *Prueba instrumental aportada por impulso de parte*

Los antecedentes históricos expuestos en el número anterior enseñan, en otro aspecto, que la agregación de los instrumentos presentados por las partes en tiempo hábil y la citación de aquella contra quien se presentaren, *es trámite esencial de la apelación aun cuando no se reciba la causa a prueba e independientemente de la apertura a prueba*, si se observa que el mismo señor Huneeus tomó simultáneamente la iniciativa para hacer la apertura a prueba trámite especial en la apelación y reclamó igual carácter para la agregación de los instrumentos, criterio que confirma el texto vigente al contemplar en números separados ambas situaciones.⁵²

Todavía, ello nos permite sostener fundadamente que la prueba instrumental puede aportarse en alzada sin la limitación general de no haberse podido rendir en primera instancia, o que la aportación de esta prueba en segunda instancia para acreditar hechos del contradictorio de la primera puede hacerse libremente, sin sujeción a limitaciones derivadas del efecto preclusivo de la citación para sentencia de la primera instancia.⁵³

Tiene, en cambio, la limitación de tener que aportarse en el segundo grado antes de la citación para sentencia de la segunda instancia.

X. *Término probatorio en la apelación*

El Código no señaló un término de prueba en la alzada, punto particularmente relevante para la aportación de la testimonial que, como es sobradamente sabido, sólo puede rendirse en tal oportunidad.

Es así como se suscita cuestión sobre cuál sería el término probatorio que en tal circunstancia debe abrirse, planteándose tres hipótesis: 1º) apertura de un término probatorio igual al ordinario de la primera instancia; 2º) apertura de un término probatorio incidental, y 3º) apertura de un término probatorio fijado por el tribunal de una extensión no mayor que la mitad del de primera instancia, por aplicación analógica del artículo 519 del Código de Procedimiento Penal.

La primera posibilidad encontraría apoyo en la aplicación supletoria de las normas del Libro II del Código de Procedimiento Civil, en el cual se

⁵² Art. 800, núms. 3º y 7º; en igual sentido, Rimsky Bendersky, José, "De la prueba instrumental en materia procesal civil", *Memoria de Prueba*, Santiago, 1962, pp. 35 a 38.

⁵³ *Supra*, párrafo VIII.

regula el término probatorio, en virtud del mandato del artículo 3º del citado cuerpo legal, hipótesis absolutamente contraria a la naturaleza de la segunda instancia y a sus amplias limitaciones al contradictorio y, especialmente, a la aportación de pruebas, como se ha venido demostrando.

La segunda tampoco es aceptable, porque la alzada no es una fase accesorio del juicio, sino el juicio mismo, en su segundo grado jurisdiccional.

Aceptamos, en cambio, la tercera por ser más acorde con el sistema general de la apelación y ofrecer la ventaja de dar al tribunal la posibilidad de regular la extensión del plazo según las circunstancias, es decir, por ser más dúctil.

XI. Pruebas aportadas por impulso del tribunal

En la alzada, el término de la vista de la causa tiene el efecto preclusivo de la citación para sentencia de la primera instancia. La sentencia definitiva está precedida, pues, de una especie de período de expectativa que es el tiempo intermedio entre la clausura del procedimiento y la dictación de la sentencia.⁵⁴

Esa clausura extingue el derecho de contradecir y de probar, extinción que, entre otras excepciones o limitaciones, tiene una de singular relevancia: las "medidas para mejor resolver". Estas "medidas" importan en nuestro sistema procesal civil la producción de pruebas por las partes en virtud de una orden dictada de oficio por el tribunal.⁵⁵

Es útil destacar que las medidas para mejor resolver constituyen un particular modo de aportación de material probatorio requerido por el tribunal en la fase de gestación o formación de la sentencia o, empleando los vocablos usados por Couture,⁵⁶ en la etapa de "génesis o de elaboración lógica de la sentencia", para complementar la prueba producida por las partes por propia iniciativa. Tal es, también la opinión de Guasp⁵⁷ quien, comentando el artículo 340 de la ley española, expresa: "El momento procesal elegido por la ley es, pues, aquel en que agotado el período instructorio en que toda la iniciativa se reserva a las partes, *entra el procedimiento en la fase de decisión*".

Pero, ¿tienen las partes, con ocasión de la ejecución de estas medidas, derecho para objetar, contradecir o probar? Es decir, por la circunstancia de disponer el tribunal en práctica, ¿queda reabierto el contradictorio y suspendida o derogada la citación para sentencia? En la ley española esta cuestión está resuelta implícitamente en sentido negativo al expresar el inciso final del citado artículo que "las partes no tendrán en la ejecución de lo acordado más intrevención que la que el tribunal les conceda", lo cual significa que la citación para sentencia es irreversible, ya que la conclusión

⁵⁴ Couture, *Apuntes de sus clases*, Montevideo, sin fecha, tomo III, p. 13.

⁵⁵ Arts. 159, 207 y 227.

⁵⁶ *Op. cit.*, *supra*, nota 54, p. 15.

⁵⁷ *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 1948, tomo I, p. 886.

contraria no sería congruente con el hecho que estas medidas constituyen una excepcional expresión del principio inquisitivo inserto en un proceso regido por el principio dispositivo, como es el ordinario de cognición. Ni tampoco lo sería con la circunstancia de que ellas forman un eslabón "en la génesis lógica de la sentencia" en que impera soberana la voluntad y la actividad intelectual del juez.

La ley chilena permite obtener igual conclusión, puesto que según el inciso 3º del artículo 159 "si en la práctica de alguna de estas medidas aparece de manifiesto la necesidad de esclarecer *nuevos hechos* indispensables para dictar sentencia, podrá el tribunal abrir un término de prueba breve e improrrogable, *limitado a los puntos que el mismo tribunal determine*, lo cual circunscribe el derecho de contradecir y probar a tales nuevos hechos y a los puntos que el tribunal fije, y no más". En otros términos, el contradictorio en esta fase procesal *por regla general no se abre*.

Cabría, con todo, observar que tal criterio puede causar indefensión a las partes. La agregación de un instrumento probatorio ordenada por el tribunal sin la correspondiente citación y sin las posibilidades que le son inherentes de objeción y de aportación de pruebas en la incidencia, sería una de las tantas y variadas situaciones que en tal sentido podrían presentarse. Pero ello ciertamente, no es, por una parte, sino la natural consecuencia, en esta actividad procesal, del imperio del principio inquisitivo y, por otra, no sería éste un problema de *lege lata*, sino de *lege ferenda*.

Precisamente, confirmando este criterio, Guasp⁵⁸ formula objeciones al sistema al manifestar:

El criterio de la LEC no es ciertamente elogiabile: el momento procesal que se reserva para la práctica de las diligencias para mejor proveer es del todo inadecuado. En efecto, como las partes carecen ya de intervención en el proceso en lo que se refiere a la formación del material de decisión, y no pueden aportar nuevos hechos que acaso ratifiquen o desvirtúen los que el juez introduce en el pleito mediante los poderes extraordinarios que se le confieren, quiere decirse que una prueba practicada de oficio por el juez puede quedar privada de aquel contradictorio que la ley busca otras veces como la garantía esencial del procedimiento.

⁵⁸ *Ibidem*.