

# EL RÉGIMEN PROBATORIO EN EL RECURSO DE APELACIÓN CIVIL<sup>1 2</sup>

Alberto Balbontín Retamales

**INTRODUCCION. I.- EL RECURSO DE APELACION Y LA SEGUNDA INSTANCIA. II.- BREVE HISTORIA DEL ARTICULO 207 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. III.- ADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA EN LA ALZADA. IV.- SITUACION DE LOS DISTINTOS MEDIOS DE PRUEBA SEGUN EL ARTICULO 207 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. A.- Instrumentos; B.- Confesión; C.- Inspección personal del Tribunal; D.- Informe de peritos; E.- Declaración de testigos. Régimen de la prueba testimonial. Naturaleza jurídica. V.- CASOS ESPECIALES: A.- Excepciones anómalas; B.- Medidas para mejor resolver; C.- Dilatorias del inciso final del art. 305 del Código de Procedimiento Civil; D.- Incidentes en segunda instancia; E.- Casos previstos en los artículos 431 y 433 del Código de Procedimiento Civil. CONCLUSIONES.**

## INTRODUCCION

Nuestro interés en el presente trabajo es hacer un breve estudio del régimen probatorio en el recurso de apelación en materia civil, particularmente desde la perspectiva del art. 207 del Código de Procedimiento Civil.

Conviene observar desde ya, que en nuestro país el recurso de apelación, al no tener causales específicas, permite al tribunal superior un pronunciamiento tanto sobre errores in iudicando como sobre errores in procedendo<sup>3</sup>; aún cuando, en este último caso, la posibilidad de actuar por la vía del recurso de apelación se ve reducida a situaciones muy excepcionales, atendida la procedencia de la casación en la forma contra las

---

1 Otras publicaciones sobre el tema: HUGO PEREIRA ANABALON, "La Prueba en el Recurso de Apelación Civil", en Revista de Derecho y Jurisprudencia, T. 67, 1a. parte, pág. 111 a 128. MIGUEL OTERO LATHROP, "La prueba en la segunda instancia", en "Nuevas orientaciones de la Prueba", Edit. Jurídica de Chile, Santiago 1981, pág 109 a 132, texto coordinado por don Sergio Dunlop Rudolffi.

2 Es conveniente destacar que la intención de este trabajo, tal como lo anticipa el título, es formular algunas observaciones en torno a la prueba en "el recurso de apelación" -cuestión diferente, desde esta perspectiva, a "la segunda instancia"- . En efecto, algunas de las obsevaciones se refieren a las pruebas que se rendirán durante la tramitación de la apelación, pero que, en verdad, será actividad probatoria de primera o única instancia. El estudio discurre sobre la idea que la prueba en el recurso de apelación no se encuentra tan restringida como parece desprenderse de la norma del art. 207 del Código de Procedimiento Civil, ni como se aplica en la práctica de los tribunales.

3 ALEJANDRO ESPINOSA SOLIS DE OVANDO, "De los Recursos Procesales en el Código de Procedimiento Civil", edit. Distribuidora Universitaria Chilena Ltda., Santiago, 1980, pág 46.

sentencias de primera instancia<sup>4</sup>. En cambio en otros países latinoamericanos como Uruguay y algunas provincias argentinas, existen el recurso de apelación y el recurso ordinario de nulidad<sup>5,6</sup>.

En cualquier caso, es de destacar que, como señala VESCOVI, los códigos modernos no admiten el recurso de nulidad independientemente del de apelación. Aquél queda subsumido en éste<sup>7</sup>.

## **I.- EL RECURSO DE APELACION Y LA SEGUNDA INSTANCIA<sup>8</sup>.**

Hablar sobre el tema de la prueba en el recurso de apelación obliga a referirse a una de las cuestiones que ha provocado mayor discusión a su respecto y que por cierto es de gran importancia; porque mira al contenido mismo de la institución. Nos referimos a la amplitud de sus alcances.

De ordinario se afirma, tanto por los prácticos como por los propios estudiosos del Derecho Procesal, que el recurso de apelación da origen a la segunda instancia. Con ello se quiere significar que ésta es consecuencia necesaria de aquél. Nuestro propósito, en esta parte del trabajo, es mostrar las dos posiciones que se han enfrentado sobre el tema, lo que permitirá luego comprender y calificar nuestro propio sistema de apelación civil que, como ya se sabe, ha seguido el mismo criterio de su modelo español, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 con las modificaciones introducidas en 1881<sup>9</sup>.

La cuestión es si se adopta un sistema de apelación plena, o bien si éste debe ser de apelación limitada<sup>10</sup>; decisión que, evidentemente, tendrá también consecuencias en el desarrollo de los procesos que se rijan por la respectiva ley y, desde luego, para los derechos que los litigantes pueden hacer valer en el pleito.

---

4 Aún cuando en el caso de una sentencia que adolece de un vicio de casación en la forma, o que ha sido pronunciada en un proceso en que se ha incurrido en un defecto de esa naturaleza, puede no llegar a ser conocida por el tribunal superior a través de dicho recurso sino de un recurso de apelación. (sea porque la parte no se percató del vicio o prefirió no reclamar por esa vía), lo que correspondería es que el tribunal la invalide de oficio (art. 775), teniendo por no interpuesto el recurso de apelación.(art. 798). No obstante, creemos que siendo la casación un recurso de derecho estricto, sus causales deben ser aplicadas con criterio restrictivo, y por tanto, si en la sentencia o en el proceso se ha incurrido en un vicio formal que no se encuentra expresamente previsto como causal de casación en la forma, pero ha tenido efectos en lo dispositivo del fallo, el agraviado no tendrá otra opción que recurrir de apelación y el tribunal debería acogerla revocando el fallo y pronunciando el que corresponda de acuerdo al mérito de los antecedentes.

5 Este tema es tratado con gran detalle y amplitud por ENRIQUE VESCOVI en “Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica”, Edit DEPALMA, B. Aires, 1988.

6 EDUARDO COUTURE hace también la distinción referida, al declarar que el agravio es la injusticia y que el recurso para reparar el agravio es la apelación. A su vez, la nulidad es la desviación de los medios de proceder y que el recurso dado para repararla es la nulidad; aún cuando señala que esta no corresponde estrictamente al tema de los recursos, sino al más amplio de la teoría general de los actos procesales. En “Fundamentos del Derecho Procesal Civil”. Edit DEPALMA, B. Aires, 1987, pág 347 y 373.

7 VESCOVI, ob. cit., pág. 206.

8 El trabajo, y en especial este párrafo, discurren sobre la idea de un recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia definitiva; única situación que permite plantearse el problema del alcance de dicho recurso en los términos en que es tratado a continuación. No se olvida, entonces, la posibilidad de recurrir de apelación en contra de las resoluciones pronunciadas durante la tramitación del proceso, donde, evidentemente, no puede sostenerse una idea de renovación total del pleito.

9 Es preciso tener presente que a la fecha se encuentra vigente la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española, promulgada por ley 1/2000.

10 L. PRIETO CASTRO. “Limitaciones de la apelación”. Instituto Editorial REUS, Madrid, 1953, pág. 3.

La concepción del recurso de apelación con un contenido pleno significa que las partes no deben tener limitación alguna para proponer ante el tribunal superior tanto acciones y excepciones que no se hubieren alegado en el grado inferior, así como para llevar ante el órgano jurisdiccional todo el material probatorio que fuere necesario a los efectos de acreditar los hechos en que se fundan sus pretensiones. Es más, no sólo se busca, en aquél sistema, facilitar la suplementación señalada, sino también sumar hechos que no se hubieren planteado antes, incorporando por cierto, sus respectivas pruebas. En definitiva se trata de que la apelación se constituya más que en una continuación de la primera instancia, en un verdadero nuevo juicio, donde el tribunal de la alzada pueda, por su propia intervención, enriquecer la actividad llevada a cabo ante el inferior. Es lo que se denomina el “*ius novorum*”, en cuya virtud no hay preclusión en materia de alegación de nuevas acciones, o de nuevos hechos, o de aportación de nuevas pruebas; aún cuando todos ellos pudieren haberse alegado en la primera etapa<sup>11</sup>. Importa esta fórmula de reglamentar el recurso, una renovación del proceso seguido ante el tribunal inferior. Una reiteración de lo obrado. Un “*novum iudicium*”<sup>12</sup>. Han seguido este sistema, aunque con el tiempo lo han morigerado, países como Alemania y Francia<sup>13,14</sup>. También lo han admitido Hungría, Suecia y con limitaciones Dinamarca. Otro tanto ocurre con los cantones suizos de Berna, Ginebra, Lucerna y Zürich<sup>15</sup>.

---

11 Carnelutti, fundamentando la utilidad de la apelación, afirma que la experiencia del primer proceso constituye ya suficiente justificación del recurso, lo cual favorece la justicia que se busca. De allí se llega a la posibilidad de reparar las anomalías y corregir los errores que pueden ser tanto del juez como de las propias partes; por lo cual señala que “la exclusión en la apelación del llamado *ius novorum*, o sea del derecho de la parte a modificar las razones y las pruebas deducidas en el primer grado, debe en principio considerarse completamente irracional”. Pero reconoce la conveniencia de estimular un comportamiento leal, proponiendo desde el principio todos los argumentos y pruebas; y por tanto el peligro que representa la posibilidad de admitir ilimitadamente los nuevos aportes. F. CARNELUTTI. “Sistema de Derecho Procesal Civil”, edit. UTHEA, B. Aires, 1944, pág. 722 y sgts. El mismo autor, al comentar el art. 345 del Código de Procedimiento Civil Italiano, promulgado el 28 de octubre de 1940, declara: “convencido de que la exclusión de nuevos fundamentos quita al juicio de apelación gran parte de su función deseo que su aplicación sea extremadamente liberal y que se considere como motivo grave no sólo la existencia de un impedimento para la proposición en el primer grado, sino también la utilidad del nuevo fundamento para la justicia de la decisión, lo que me parece plenamente conforme con la misma fórmula de la ley que no habla de motivos graves de “la omisión del fundamento en el primer grado”, sino de su “admisión en el segundo”; y motivo grave para admitirlo puede ser también el de que, excluyéndolo, no puede el juez juzgar según la justicia”. F. CARNELUTTI, “Instituciones del Nuevo Proceso Civil Italiano”, edit BOSCH, Barcelona, 1942, pág 446. La disposición comentada por el maestro expresa: “En el juicio de apelación no podrá n proponerse demandas nuevas, y si se proponen habrá n de rechazarse de oficio. Sin embargo, podrá n demandarse los intereses, los frutos y los accesorios vencidos después de la sentencia impugnada, así como el resarcimiento de los daños sufridos después de la propia sentencia. Salvo que existan graves motivos declarados por el juzgador, las partes no podrá n oponer nuevas excepciones, presentar documentos ni pedir la admisión de medios de prueba. Podrá siempre deferirse el juramento decisorio”.

12 JAIME GUASP, “Derecho Procesal Civil”, Edit. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961, pág 1345.

13 PRIETO CASTRO. ob. cit.

14 Schönke, hablando de lo ocurrido en Alemania, relata que el objeto de la apelación fue en un principio la discusión y examen completos de todo el material del proceso ante un tribunal diferente al de la primera instancia. Posteriormente el Código Procesal admitió la alegación de nuevos hechos y la aportación de nuevas pruebas en la apelación, sin límites; pero como con ello se producían dilaciones importantes en el proceso, se limitaron esta posibilidades mediante las reformas de 1924 y 1933. En tales circunstancias la apelación alemana ya no constituye un *novum iudicium*, sino que su finalidad primordial es examinar la sentencia de primera instancia en base al material aportado ante el tribunal a quo. De esa manera el sistema alemán n se asemeja al austríaco, cuyo mentor (FRANZ KLEIN) decía que la apelación es un control y no una nueva creación. Termina Schönke comentando que la concentración en la primera instancia de todo el material, conforme a la reforma señalada, no se ha conseguido a costa del descubrimiento de la verdad. ADOLFO SCHONKE. “Derecho Procesal Civil”, edit. BOSCH, Barcelona, 1950, pág 305.

15 SCHONKE, ob. cit. pág 305.

Frente al de apelación plena, se levanta el sistema de apelación limitada, según el cual la apelación no puede constituirse en un nuevo juicio seguido ante el tribunal superior, sino que debe concebirse como la continuación del proceso desarrollado en la primera instancia. Las partes no pueden formular nuevas pretensiones, ni alegar nuevos hechos, ni aportar pruebas que no hubieren presentado antes. La preclusión cobra, en este sistema, una vigencia plena en términos de impedir que la actividad que las partes debieron desplegar ante el juez inferior y no lo hicieron, puedan ahora complementarla ante el superior. El tribunal de apelación debe pronunciarse sólo sobre el material reunido en el grado anterior.

Se trata en definitiva que las partes agoten todas sus posibilidades procesales durante la tramitación de la primera instancia, poniendo a disposición del tribunal de aquella, todo el material de instrucción. De este modo, en la alzada sólo existe un proceso de revisión de lo obrado ante el inferior, destinado a depurar sus resultados por métodos propios, distintos de los utilizados en el grado inferior. No se reiteran los trámites ya cumplidos, sino que se siguen otros diferentes para comprobar la exactitud o no del resultado.<sup>16</sup> Conforme a este sistema, la apelación puede considerarse como una continuación del procedimiento de primera instancia, reanudado en el estado en que se encontraba antes de la clausura del debate<sup>17</sup>.

Desde luego que ninguno de los dos sistemas ha sido adoptado en plenitud, sino que se han ido introduciendo matices en los diversos ordenamientos nacionales, donde se ha acentuado uno u otro criterio. Así, se ubican en el sistema de limitación del recurso Austria, España y los países iberoamericanos, siendo seguido también por Italia y la propia Alemania que ha adoptado formas más restrictivas en su apelación<sup>18</sup>.

Por cierto que los defensores de ambos sistemas han aportado argumentos que abonan su posición y critican la contraria. Se dice así de la apelación plena:

- 1.- provoca dilaciones y traslada el centro de gravedad del proceso desde la primera a la segunda instancia.
- 2.- reduce la primera instancia a una simple etapa de ensayo, trasladando la controversia verdadera a la instancia superior.
- 3.- fomenta la desidia de los jueces inferiores al confiarse en que la superficialidad de su propia instrucción quedará subsanada en la segunda instancia que es tan completa como la que les ha tocado conocer.
- 4.- aumenta el costo para el Estado y para los litigantes.
- 5.- mediatiza el proceso, en especial en lo que se refiere a la recepción de la prueba.

---

16 GUASP, ob. cit., pág. 1345. El mismo autor refiriéndose a los dos sistemas, los caracteriza, respectivamente, como de renovación y de revisión, declarándose partidario del segundo y sosteniendo que la renovación no justifica la apelación. En cambio sí lo hace la revisión. Dice que la concepción de la apelación como una renovación del juicio se funda en el supuesto principio del doble grado de jurisdicción al tenor del cual todos los asuntos tiene que pasar por dos grados de la jerarquía judicial antes de que pueda obtenerse un resultado formalmente terminado de los mismos. En cambio, para la concepción revisora el principio no tiene valor absoluto sino que es una mera concesión que se hace a las partes para que puedan atacar una sentencia normalmente terminada en primera instancia, a fin de que sea depurada mediante un proceso distinto. Agrega que la apelación -en el sistema de revisión- puede concebirse como la prueba de una operación matemática, para garantizar sus resultados. Ob. cit. p págs. 1345 y 1346.

17 GIUSEPPE CHIOVENDA. "Instituciones de Derecho Procesal Civil", edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1940, pág. 379.

18 PRIETO CASTRO, ob. cit. Ver también cita 10.

Finalmente, no puede omitirse -por original y curiosa- la opinión de WAISS, quien sostiene que la apelación plena no es útil en aquellos territorios de economía poco desarrollada donde predominen los deudores y abunden los abogados, todos ellos con interés en dilatar el momento de la sentencia, del título ejecutivo y de la ejecución<sup>19</sup> (!).

Los sostenedores del sistema pleno afirman que el interés por obtener el triunfo se manifiesta ya desde la primera instancia y que los afanes dilatorios pueden finalmente ser controlados mediante la implementación de la apelación no suspensiva, lo que permite el cumplimiento inmediato de la sentencia.

A su vez la apelación limitada también recibe críticas. Así, se dice de ella:

- 1.- que la limitación a las partes en orden a impedirles esgrimir nuevas pretensiones, hechos y pruebas, importa un atentado al principio de la economía procesal, puesto que éstas deberán plantearse todas las hipótesis de defensa o ataque de su contraparte, así como el criterio con que resolverá el tribunal y, conforme a ello, diseñar su propia estrategia agotando todas las posibilidades de acciones o excepciones, provocando entonces una febril actividad instructora, incluso respecto de extremos que ni siquiera estaban en la mente de su contendor o del tribunal.
- 2.- que atenta también, en la alzada, contra la finalidad de todo proceso judicial; cual es hacer justicia sobre la base del conocimiento de la verdad de los hechos. Porque la función jurisdiccional habrá cumplido su cometido sólo formalmente si se falla un litigio con un conocimiento parcial de las cuestiones sustantivas materia del proceso<sup>20</sup>.

Se ha sostenido, creemos que con razón, que las características de la apelación limitada permiten afirmar que no hay allí, en estricto rigor, una segunda instancia<sup>21</sup>. En efecto, si se concibe la instancia como el grado jurisdiccional en que el negocio es conocido por un tribunal con amplias atribuciones para pronunciarse, en su integridad, sobre todas las cuestiones de hecho y de derecho que formulen los justiciables, es claro que no hay instancia allí donde un tribunal de alzada está sometido a limitaciones para pronunciarse sobre las proposiciones jurídicas o fácticas de las partes litigantes<sup>22</sup>.

No obstante lo anterior, se sigue hablando de segunda instancia como sinónimo de recurso de apelación, cualquiera sea el régimen a que se encuentre sometido. Es más, tal parece que en la actualidad no existen legislaciones en el mundo occidental que regulen el recurso de apelación plena; único por lo demás que, según lo que hemos reseñado, constituye propiamente la segunda instancia. Por lo mismo, pero con la reserva del caso, mantendremos la sinonimia durante el presente trabajo, tal como ocurre con la generalidad de la doctrina -por razones de orden práctico- al reconocer una denominación más convencional que científica.

Cabe, por otra parte, destacar que la apelación en sus orígenes romanos tuvo características que la acercan al sistema pleno; puesto que se admitía nuevas alegaciones y pruebas<sup>23</sup>. Este recurso, como forma de impugnación de sentencias válidas pero

---

19 Citado por PRIETO CASTRO, ob. cit.

20 PRIETO CASTRO, ob. cit.

21 CORTES, MORENO, GIMENO y ALMAGRO, "Derecho Procesal", T. I, vol. II, edit. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1988, pág 38.

22 CORTES..., ob. cit. pág 37. Reconociendo el carácter limitado de la apelación española, señalan que merece mejor llamarse recurso de alzada que segunda instancia. En igual sentido PRIETO CASTRO, "Derecho Procesal Civil", edit. TECNOS, Madrid 1988, pág 270.

23 CORTES..., ob. cit. pág 38.

injustas, surge en el periodo post clásico del Derecho Romano, época en la cual la resolución se dictaba por un magistrado que formaba parte de la estructura judicial del imperio y por lo tanto era posible recurrir a órganos que se encontraran jerárquicamente investidos de la facultad de revisar las decisiones de otros órganos inferiores, o, a veces, de la misma jerarquía. Dentro de dicha estructura, el último eslabón era, por cierto, el emperador en cuyo nombre se administraba justicia. En este periodo, a diferencia del anterior, existía fundamento para establecer un sistema de impugnación por causa de injusticia, ya que la función jurisdiccional estaba en manos del Estado y había una jerarquía judicial que así lo permitía. En cambio en el periodo anterior, la sentencia tenía como fundamento un contrato procesal, por el cual las partes se obligaban a pasar por la decisión del tercero llamado a resolver el litigio, en vista de lo cual no cabía alegar la injusticia del fallo, puesto que emanaba de quien había recibido la confianza directa de los interesados. En esa época sólo procedía la impugnación por invalidez a través de la “revocatio in duplum” o de la “restitutio in integrum”<sup>24</sup>, figura esta última que se asemeja a nuestra revisión por aportación de pruebas falsas.

## **II.- BREVE HISTORIA DEL ARTICULO 207 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL**

Con cierta pretensión hemos titulado este párrafo como “Breve historia del art. 207 del Código de Procedimiento Civil”. En verdad lo que se pretende es dar una mirada a la evolución sufrida por el precepto desde el texto presentado al Congreso Nacional para su revisión, hasta lo que se encuentra actualmente vigente.

Es interesante recordar que la decisión de codificar las leyes procesales civiles se concretó a mediados del siglo pasado cuando mediante ley de 14 de septiembre de 1852, se autorizó al Presidente de la República para encomendar la tarea de preparar proyectos de reformas a los códigos<sup>25</sup>. En tal virtud se nombra a don Andrés Bello quien, probablemente, por haberse dedicado de lleno a la redacción del proyecto de Código Civil, no dio cumplimiento a este encargo<sup>26</sup>.

Después de otros intentos, finalmente se presentó al Parlamento el Proyecto de Código de Procedimiento Civil, que es el que, luego de la revisión y modificaciones introducida por el Legislativo, nos rige actualmente, aunque con las numerosas modificaciones sufridas luego de su promulgación.

El artículo original -que llevaba el número 229- decía textualmente: “Sin perjuicio de las facultades concedidas en el artículo 165 [actual 159], pueden los tribunales de alzada admitir a las partes las pruebas que no hubieren podido rendir en primera instancia; pero la testimonial sólo acerca de hechos que no figuren en la prueba rendida i que sean estrictamente necesarios en concepto del tribunal para la acertada resolución del juicio”.

Pasado el Proyecto a la Comisión Mixta de Senadores y Diputados para su informe, esta redacción fue observada por el Senador Pedro Montt, en la sesión número 10, de 15 de diciembre de 1900, quien sostuvo que en los términos en que aparecía conce-

---

24 CORTES..., ob. cit. pág 30.

25 RICARDO ANGUITA, “Leyes Promulgadas en Chile”, Imprenta, litografía i Encuadernación Barcelona, Santiago de Chile, 1912, pág 600.

26 MARIO CASARINO VITERBO, “Manual de Derecho Procesal, Tomo III, Colección Manuales Jurídicos, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1974, pág 12

bida la norma, permitía que los tribunales recibieran la causa a prueba incluso en aquellos casos en que no se hubiere producido prueba alguna en la primera instancia. Agregaba que “el propósito de la ley no pudo ser otro que autorizar la rendición de prueba en segunda instancia sólo en el caso de que no hubiera podido hacerse en primera”.

La Comisión concordó con el Senador y modificó el texto, que quedó en la forma que se conoció hasta la reforma de la ley 18.705<sup>27</sup>. Sin embargo, una lectura atenta del punto, obliga a concluir que la redacción definitiva del artículo no reflejó cabalmente el sentido que tuvo el reparo del Senador Montt.

Según se desprende de las Actas, la idea del Senador fue no permitir la recepción de pruebas sino cuando la parte hubiere tenido dificultades para aportarlas en el grado inferior. No hizo distingo alguno entre los diferentes medio probatorios. No obstante, habiendo declarado la Comisión su asentimiento sobre dicho criterio, la restricción sólo la estableció respecto de la prueba testimonial, mas no en relación con los restantes medios; los cuales igualmente podían ser utilizados cumpliéndose los específicos requisitos considerados para cada uno de ellos.

En efecto, el artículo sólo fue alterado por la inserción de la frase “sólo cuando no se haya podido rendir en dicha instancia” luego de referirse, en la segunda parte de la disposición, a la prueba testimonial. La primera parte se mantuvo inalterada en su sentido, y que obviamente se refería a los restantes medios probatorios. Sólo hubo un cambio en la expresión verbal “producido” por “rendido” que no varió en nada la regla.

Es dable observar sin embargo, que siendo el texto del art. 229 -actual 207- tan claro en su tenor, la interpretación y aplicación que en definitiva se le dio fue restrictiva; respondiendo al espíritu de las observaciones del Senador Montt. En general, los tribunales, usando la facultad que les otorgaba el precepto, no sólo rechazaban la admisión de la testimonial, cuando habiéndose podido rendir no se había hecho, sino que lo mismo acontecía con los demás medios de prueba (excepción hecha de la instrumental y confesional sometidas al conocido régimen especial).

Esta breve digresión histórica permite demostrar cómo en nuestro país no sólo se ha mantenido el principio de que la apelación tiene un carácter claramente revisor, sino que ha sido acentuado de manera inequívoca por el legislador.

Cuando la Comisión Mixta encargada de informar el proyecto hace suyo el criterio de don Pedro Montt, deja de manifiesto, a lo menos en el espíritu, el objeto que le asigna a la segunda instancia. Esta no puede servir para corregir o suplir lo que los litigantes han hecho o dejado de hacer en la etapa anterior. Su objeto fundamental es someter a revisión la sentencia del inferior<sup>28</sup>, considerando al efecto, sólo el material reunido por dicho tribunal. No se desconoce sin embargo, que la acertada resolución del pleito pueda hacer necesario, en ciertos casos, recibir pruebas en la alzada.

En este análisis de la evolución del art. 207 se advierte que el ámbito dentro del cual se mueve la prueba en la alzada, se va restringiendo desde una facultad amplia del tribunal superior para autorizar actos probatorios, hasta una situación restrictiva conforme a la norma vigente en la actualidad.

---

27 La disposición decía: “Sin perjuicio de las facultades concedidas en 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”.

28 VESCOVI, ob. cit. pág. 99.

### **III.- ADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA EN LA ALZADA**

El artículo 207 contiene en su inicio la regla básica que de manera expresa ha consagrado el legislador con la modificación introducida por la ley 18.705: “En segunda instancia(...) no se admitirá prueba alguna”.

Dicha regla sin duda constituye la premisa que en materia probatoria ha fijado el legislador para la segunda instancia. A la luz de ese mandato, entonces, es necesario interpretar la normativa que rige el tema que nos ocupa.

El criterio que se advierte tras la expresión legislativa, es evitar que el apelante prolongue la discusión, especialmente probatoria, más allá de lo estrictamente necesario y en lo posible sin interrumpir el avance del proceso. Los litigantes deben cumplir con todas las cargas que el proceso judicial les impone durante la primera instancia -que es de acopio de antecedentes- sin esperar que en la alzada el tribunal les oiga o admita nuevas pretensiones o probanzas. No cabe la posibilidad de que la parte pueda completar o corregir su actividad (o inactividad) en la primera instancia, mediante el uso del mecanismo de la apelación.

El hecho que las partes no puedan introducir nuevos materiales jurídicos o fácticos en la alzada, quizá resulte conveniente si se considera que la instrucción probatoria es una actividad que, quiérase o no, distrae al órgano jurisdiccional de su función esencial que es la de juzgar. De modo que cuando la labor del tribunal de alzada se limita a la sola revisión de lo obrado ante el inferior, es razonable esperar un examen más riguroso y profundo del negocio sometido a su conocimiento y, por tanto, un fallo que cumpla cabalmente la finalidad de justicia que se persigue. Por lo mismo que, en nuestro sistema de apelación limitada, se puede afirmar que en la segunda instancia prima la reflexión por sobre la acción instructora, más propia de la instancia inferior. En ésta, las partes tienen la necesidad -en función de la sentencia favorable que pretenden- de incorporar al proceso todas sus acciones, excepciones, hechos y pruebas que apoyen esa pretensión. De tal modo que el tribunal no sólo tendrá que intervenir en la fase de sentencia para decidir el conflicto, sino también en todas las incidencias relacionadas con la instrucción, lo que por cierto le exigirá un esfuerzo adicional. Frente a ello encontramos un régimen de apelación dirigido principalmente a proporcionar al tribunal respectivo los argumentos jurídicos y lógicos encaminados al perfeccionamiento de la sentencia bajo impugnación, liberándolo, en lo posible, de la necesidad de acopiar nuevos antecedentes y por tanto permitiéndole un estudio más reflexivo de la cuestión reclamada.

En nuestro sistema la apelación admite introducir sólo en casos expresamente autorizados nuevas proposiciones de derecho (art. 310 del Código de Procedimiento Civil); y sólo aquellos hechos y pruebas que de manera excepcional permite la ley.

Esta conclusión queda corroborada si se considera la mutación sufrida por el art. 207 mediante la ley 18.705. En efecto, el texto anterior a la reforma no contenía declaración tan terminante como el actual. Es más, no era posible en ese entonces sostener una regla similar a la que se comenta en éste párrafo; si bien podía declararse que la ley restringía (sólo eso) la producción probatoria en la alzada. En definitiva, y en una primera lectura del artículo, era posible afirmar que el tribunal era soberano para decidir si admitía o no proposiciones de prueba.

En verdad había medios probatorios cuya admisión era obligatoria para el tribunal de alzada (instrumentos, confesión) y otros, donde sí operaba plenamente la facultad del órgano jurisdiccional.

En la actualidad, en cambio, la ley reafirma el carácter revisor de la segunda instancia, al establecer, como regla general, la inadmisibilidad de prueba alguna. En consecuencia las partes ven limitado su derecho a proponer actos de prueba a aquellos casos en que se permite excepcionalmente.

El tribunal queda igualmente limitado. Ya no es facultativa la admisión de pruebas como ocurría bajo el régimen anterior. Por lo mismo, de producirse dicha situación, la parte que considere improcedente el acto probatorio podrá impugnar la resolución que lo ordene. Esa posibilidad de reclamar no se daba conforme a la redacción anterior, puesto que dejaba abierta la facultad judicial para acoger una proposición de prueba si se cumplía la condición de no haberse rendido en primera instancia. Consecuente con ello es que quien se sintiera afectado por la decisión, carecía del derecho a reclamar.

Es interesante destacar que luego de la reforma nuestro código se ha apartado de su modelo español. La Ley de Enjuiciamiento Civil española<sup>29</sup> impone al tribunal la obligación de recibir la causa a prueba, por ejemplo, y sin más trámites, cuando las partes así lo acuerdan (art. 865). Es más, sin ese acuerdo, todavía la Sala puede acoger la iniciativa probatoria de la parte interesada (art. 866).

Nuestro código siguió hasta antes de la modificación el ejemplo de la ley española en orden a reconocerle al tribunal la facultad de decidir sobre la necesidad o conveniencia de autorizar probanzas; aún cuando en el sistema español las posibilidades de producir pruebas en la alzada son considerablemente mayores que en el nuestro. Así por ejemplo, si se desestima por el tribunal a quo una diligencia de prueba, la parte interesada sólo tiene el recurso de reposición, y si el tribunal mantiene su decisión, podrá el litigante reproducir su solicitud en la alzada. De ser acogida allí, la parte podrá rendirla ante el mismo tribunal superior. Asimismo, si ocurren hechos nuevos con posterioridad al término para proponer prueba en primera instancia, se autoriza a recibirlos en la alzada. También se permite al litigante rebelde la producción probatoria en la apelación (art. 862).

Sin embargo, a la luz de estos ejemplos, se advierte que nuestro legislador ha sido más consecuente -o tal vez más rígido- en la <sup>30</sup>mantención de la idea de una primera instancia investigadora y una apelación revisora .

#### **IV.- SITUACION DE LOS DISTINTOS MEDIOS DE PRUEBA CONFORME AL ARTICULO 207 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL**

Nos hemos propuesto detenernos en una breve consideración del estado en que han quedado los medios probatorios en la segunda instancia luego de la reforma de 1988, no sin antes observar que en el presente capítulo se analizarán sólo en la situación general, dejando de lado los casos especiales que trataremos en el capítulo siguiente, donde rigen normas distintas que hacen variar el panorama probatorio en la alzada.

---

29 La de 1881

30 El Código de Procedimiento Civil colombiano, que data de 1970, manifiesta un criterio relativamente amplio en esta materia (art. 361). Desde luego, si las partes lo piden de común acuerdo, el tribunal deber recibir las pruebas que deseen aportar. Bastante restrictiva nos parece en cambio, la disposición del artículo 223.2 del Proyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica. Edit. EDEVAL, Valparaíso, 1989.

## **IV.1. Instrumentos**

Rigen este medio dos disposiciones básicas: los artículos 207 y 348 del Código de Procedimiento Civil.

Como excepción a la regla general establecida en el art. 207, conforme a la cual no es admisible prueba alguna en la segunda instancia, la propia disposición contempla el caso de los instrumentos, remitiéndose al art. 348. Prescribe esta disposición que los instrumentos pueden presentarse en cualquier estado del juicio, agregando que ello es posible hasta la vista de la causa en segunda instancia.

O sea, no hay obstáculo alguno para que las partes puedan producir la prueba instrumental en dicha instancia. Es más, el tribunal está obligado a agregar los instrumentos acompañados siempre que se haga en la oportunidad debida.

En términos prácticos la situación no varió con las modificaciones sufridas por el Código, puesto que, aún cuando el texto anterior no contemplaba de manera expresa la excepción, sí estaba presente la autorización del art. 348. De manera que el tribunal de alzada no podía menos que tener por acompañados los instrumentos presentados. Más aún, si así no lo hacía, la sentencia adolecería de un vicio de casación en la forma. Con mayor razón puede actualmente impugnarse la sentencia si el tribunal incurre en una omisión de esa naturaleza.

Siendo bastante clara la situación de los instrumentos presentados por las partes, surge la duda, sin embargo, respecto de lo que ocurre con una diligencia probatoria que se asocia a la prueba instrumental. Nos referimos a la exhibición de instrumentos que contempla el art. 349.

¿Puede considerarse incluida dentro de la excepción que anotábamos antes, o queda en cambio sujeta a la prohibición general del art. 207?.

A nuestro entender las partes no pueden valerse de esta forma probatoria en la segunda instancia. Desde luego el art. 207 hace una remisión expresa la 348. Además dicha norma establece una disposición excepcional, por lo que no puede ser interpretada en términos de extender la remisión a un precepto diferente al señalado.

Por otra parte el art. 348 se refiere a los instrumentos “presentables” en juicio. En tanto que la petición de exhibición supone que a la parte le es imposible o muy dificultoso obtener el documento para acompañarlo al proceso, de allí es que la ley ha consagrado esta figura probatoria especial.

Por último, la consistencia misma de la diligencia conduce a concebir un medio probatorio distinto del instrumental (inspección personal del tribunal, o medio de prueba innominado, por ejemplo). Como quiera que sea, no nos parece que pueda proponerse en la segunda instancia al tenor del citado art. 207.

## **IV.2. Confesión**

Se repite en este caso la situación de los instrumentos. Expresamente la norma del art. 207 excluye a la confesión de la regla general prohibitiva allí establecida. La referencia que se hace al art. 385 deja en claro el criterio del legislador en orden a no limitar el derecho de las partes a valerse de este medio probatorio, al que le sigue reconociendo la indiscutible importancia que reviste. (lo que no significa que no critiquemos el rígido formalismo al que está sometido en su producción, lo que la mayoría de las veces lo convierte en un trámite dispendioso e inútil).

Exigiéndolo entonces alguno de los litigantes, el tribunal de alzada está obligado a citar a la parte cuya confesión se demanda, para que comparezca a absolver posi-

ciones. La única limitación que al respecto existe, se refiere a las oportunidades en que las partes pueden solicitar esta diligencia: una vez si se trata de hechos que integran la controversia de la primera instancia, y, una vez más, cuando se trata de hechos nuevos alegados durante el juicio.

Con todo, a diferencia de lo que sucedería si el tribunal no agregara los instrumentos oportunamente acompañados por las partes -lo que importaría la omisión de una diligencia declarada esencial por la ley en el art. 800 N° 2°- en materia confesional no existe norma que obligue directamente al tribunal a acoger una proposición probatoria confesional. En otras palabras ¿habría vicio y cuál sería si el tribunal denegara la solicitud de citar a una de las partes a absolver posiciones?

Es evidente que se configura allí una situación irregular, desde que el interesado formula una solicitud amparado por la ley, y el tribunal se la rechaza. Hay entonces una contravención al principio del debido proceso, que se vincula con la casación en la forma. Necesario es, entonces, establecer la disposición que daría mérito para la invalidación del fallo.

Juegan en la situación planteada los arts. 768 N° 9° en relación con el 800 N° 5° que, a su vez, se remite al 795 Nos. 2°, 3° y 5°<sup>31</sup>. En otras palabras se ha producido la omisión de un trámite declarado esencial por la ley.

Pero, de los trámites o diligencias previstos en el art. 795 que resultarían aplicables, hay que descartar<sup>32</sup>, desde luego, la del N° 6°, que supone que la diligencia ya haya sido decretada; puesto que nuestra hipótesis es la inversa, es decir, que fue denegada. Quedan, en consecuencia, los trámites a que se refieren los Nos 3° y 4°. Nos parece, a su turno, que tampoco resultaría aplicable el N° 4°, puesto que exige que el tribunal de casación califique el contenido del pliego de posiciones para decidir acerca de las consecuencias perjudiciales que podría tener para la defensa de la parte, la negativa del tribunal de la instancia a decretar la citación a absolver posiciones. Esa calificación excedería las condiciones puestas por el legislador para autorizar la producción de la prueba confesional, puesto que el art. 385 no contempla otra limitación de fondo que no sea la de que los hechos sobre los que verse la diligencia sean pertinentes. Dicha facultad, como se sabe, se ejerce por el tribunal, en el acto mismo en que se produce la prueba, esto es cuando ya se ha abierto el sobre correspondiente. Cumplida pues dicha exigencia, el solicitante no está obligado a realizar ninguna otra actividad destinada a convencer al tribunal de la procedencia del trámite confesional.

No queda, en consecuencia, otra posibilidad que fundar la casación en el N° 3° del 795 que declara como trámite esencial -de la segunda instancia- “el recibimiento de la causa a prueba cuando proceda con arreglo a la ley”; aún cuando es necesario precisar que en esta instancia la recepción de la causa a prueba tiene un perfil diferente al mismo trámite en la primera instancia. En ésta constituye un trámite que tiene una específica ubicación dentro de la estructura del proceso; que se abre mediante una resolución que expresamente la declara, y siempre que el juez estime que hay o puede haber controversia sobre los hechos alegados por las partes, independientemente de si éstas

---

31 Hay que llamar la atención respecto de una omisión en que incurrió el legislador en la ley 19.334, en cuanto modificó el art. 795 al que intercaló un nuevo N° 2°, cambiando, correlativamente, los siguientes numerales de dicha disposición, que fija los trámites esenciales de la única y primera instancia. En tal virtud, entonces, y en lo que atañe a nuestro tema, deben entenderse la referencias del art. 800 N° 5° al 795 Nos. 3°, 4° y 6° de éste artículo. La omisión consistió, pues, en no haber modificado también el N° 5° del 800 para adecuarlo a la nueva numeración del 795.

32 Aún cuando el método interpretativo por descarte pueda ser criticable, en la especie, y dada la inexistencia de precedentes doctrinarios o jurisprudenciales que ayuden en la tarea, con las excusas del caso y a fin de avanzar en el análisis, optaremos por esa fórmula.

solicitan u ofrecen aportes probatorios. En la segunda instancia, en cambio, no hay un periodo de prueba preestablecido donde los litigantes puedan desarrollar su actividad probatoria. La prueba en esta instancia sólo se produce cuando las partes la ofrecen y siempre que lo hagan dentro de los límites temporales que para cada caso fija la ley. Hay que recordar que, en la práctica, la segunda instancia puede durar largos meses y por tanto el tiempo que media entre el ingreso de los autos al Tribunal y su vista<sup>33</sup> puede ser bastante largo. Dentro de este lapso entonces, las partes podrán solicitar la recepción de pruebas como la confesional que, siguiendo la terminología del art. 795 N° 3, importan “recibir la causa a prueba”; pudiendo la negativa del tribunal, dar lugar a un reproche formal, con la consiguiente invalidación.

### **IV.3. Inspección personal del Tribunal**

De acuerdo con el art. 403, la inspección personal se decretará en dos casos: 1) cuando la ley lo ordene expresamente y 2) cada vez que el tribunal lo estime necesario.

Al relacionar esta disposición con el art. 207 se puede concluir que, en el segundo caso, el tribunal no comete falta si un litigante solicita esta diligencia y le es negada, ya que el texto del art. 403 es claro al entregar al juzgador la facultad soberana de considerar la necesidad o no de ordenar una inspección personal. Pero tampoco incurre en falta si decreta dicho medio probatorio; puesto que el 207 prohíbe “admitir” prueba alguna, lo que denota la idea de instancia de parte, mas no impide que el tribunal la decrete si, por sugerencia de algún litigante o por propia iniciativa, considera que es necesaria. Con todo, si el tribunal dispusiere una inspección personal y no la fundara en buenas razones de conveniencia, la parte a quien afecta la resolución podría reclamar una transgresión a la norma prohibitiva del 207, fundado en un uso abusivo de la facultad discrecional que le otorga la ley<sup>34</sup>.

En definitiva, si bien es posible encontrarse con una inspección personal en la segunda instancia, ello podrá acontecer sólo cuando el tribunal lo estime necesario. No dependerá del sólo arbitrio de los litigantes como ocurre con los dos medios probatorios anteriormente reseñados. En otras palabras, la prohibición del art. 207 cobra, en este caso, plena vigencia.

### **IV.4. Informe de peritos<sup>35</sup>**

Este es un medio de prueba que puede ser decretado ya sea porque la ley lo ordena en forma expresa o se vale de alguna locución que impone al juez la obligación de recurrir al informe pericial, o por iniciativa exclusiva del tribunal, o, en fin, a petición de parte interesada.

---

33 El art. 385 fija el límite extintivo para recurrir a la prueba confesional en la segunda instancia, precisamente la vista de la causa.

34 Aún cuando tenemos presente la idea que inspira la disposición del art. 326 inc. 2° en cuanto declara inapelables las resoluciones que ordenan diligencias probatorias, nos parece evidente la especialidad de la norma prohibitiva contenida en el art. 207 y por tanto su aplicación preferente, en virtud del principio consagrado en el art. 13 del Código Civil. El problema estará, en todo caso, en definir la vía procesal por la cual el disconforme podrá formalizar su reclamo, cuestión que excede el propósito de este trabajo.

35 No olvidamos el cuestionamiento que se ha formulado en torno a la naturaleza de medio de prueba que tradicionalmente se le ha reconocido al informe de perito., Sin embargo en este trabajo seguiremos la tradición.

En la alzada, conforme al criterio consagrado en el art. 207, el informe de peritos sólo puede ser decretado por mandato legal o por iniciativa del propio tribunal, pero no a instancia de parte, salvo que el órgano jurisdiccional lo estime necesario a la luz de los argumentos que pudiese exponer el litigante. De modo que el tribunal podrá simplemente rechazar una petición en tal sentido, sin que la parte esté en situación de formular reclamo alguno. Adquiere aquí toda su fuerza lo dispuesto en el art. 207 al declarar que no se admitirá prueba alguna en la segunda instancia. Las partes no tienen manera de exigir del tribunal que acceda a decretar un informe de peritos cuando éste no viene ordenado por la ley.

#### **IV.5. Declaración de testigos**

Es interesante observar que el legislador no ha podido sustraerse a la fuerza de la experiencia que señala que, no obstante el descrédito que acompaña desde hace ya largo tiempo a la prueba testimonial, hay hechos que sólo pueden ser acreditados en juicio mediante el auxilio de testigos.

Nuestro Código procesal civil desde su origen debió contemplar de un modo especial la posibilidad de recurrir a testigos en la instancia superior, no obstante el criterio siempre vigente de que en ella la actividad probatoria debe ser limitada.

Considerando pues la desconfianza que provoca la prueba testimonial, pero, a la vez, su necesidad en determinados casos, es que se admite en la alzada; pero sometida no obstante, a varias limitaciones y controles, de manera que las partes, pudiendo producirla, vean restringida la posibilidad de hacer un uso abusivo, fraudulento o dilatorio de ese derecho.

##### **A) PROCEDENCIA**

Conforme a lo anterior, pueden distinguirse en el texto vigente, los siguientes elementos que configuran este medio de prueba en la alzada:

- a) debe decretarse como medida para mejor resolver.
- b) su objeto son los hechos que no figuren en la prueba rendida en autos y que, además, el tribunal los considere estrictamente necesarios para la acertada resolución del juicio.
- c) que no se haya podido rendir en la primera instancia.

##### **a) LA PRUEBA TESTIMONIAL DEBE DECRETARSE COMO MEDIDA PARA MEJOR RESOLVER.**

En relación con este primer elemento hay que señalar que, aún cuando decretada como medida para mejor resolver y por tanto ser facultativa para el tribunal, éste la ordenará sólo cuando algún litigante la solicite haciendo valer las circunstancias previstas por el art. 207. Por otra parte al declarar la ley que el tribunal puede ordenar la diligencia como medida para mejor resolver, significa que el solicitante no está en situación de exigir una resolución favorable a su petición. Es el tribunal quien soberanamente, y apreciando las demás condiciones contenidas en la disposición, luego de la vista de la causa, puede o no decretar la medida probatoria. No hay en consecuencia, un amparo legal a cualquier pretensión de parte, en orden a producir una prueba testimonial en la segunda instancia. Su iniciativa no puede pasar más allá de la simple solicitud para que el órgano jurisdiccional resuelva libremente sobre su aceptación o rechazo.

Cabe observar a este respecto también, que a diferencia de lo que ocurre a veces con las medidas para mejor resolver, en cuanto a que las partes sugieren al tribunal su producción, siendo éste libre para decretarlas o no, en la situación comentada la iniciativa del litigante debe manifestarse necesariamente a través de una solicitud formal. No de otro modo se podrían calificar por el tribunal las circunstancias objetivas exigidas para decretarla (que los hechos no figuren en la prueba rendida y que no se haya podido rendir en la primera instancia). Tampoco se justificarían las consecuencias de la decisión judicial, en cuanto a fijar los hechos sobre los que deber recaer, la apertura de un término especial de prueba y la carga para las partes de presentar su lista de testigos dentro de segundo día. Todo ello sólo es posible bajo el supuesto que el tribunal hubiere decretado la diligencia a petición formal de una de las partes, puesto que esta deberá acreditar las circunstancias que darían mérito a su petición. No basta, pues, una simple sugerencia cual ocurre con las medidas para mejor resolver, donde el tribunal no está limitado por circunstancias objetivas predefinidas por la ley. Mucho menos puede decretar -la diligencia en comento- por propia iniciativa. Todo lo cual nos lleva a concluir terminantemente que no estamos frente a una medida para mejor resolver, sino a un medio de prueba, según se analizará más adelante.

***b) QUE LOS HECHOS NO FIGUREN EN LA PRUEBA RENDIDA EN AUTOS.***

El segundo elemento dice relación con el objeto de la prueba, en términos de restringir la facultad para decretarla sólo al caso en que se refiera a hechos que no hayan sido materia de la prueba en primera instancia. No es posible al tribunal acceder a la petición cuando estime que ciertos hechos no han sido suficientemente acreditados en la prueba de primera instancia. La regla es muy clara: debe tratarse de “hechos que NO figuren en la prueba rendida en autos”. Si ya han sido objeto de prueba, por imperfecta o insuficiente que sea, desaparece la posibilidad de ordenar su recepción. Será responsabilidad de la parte interesada acreditar la imposibilidad de probar el hecho objeto de su petición. Tampoco podrá el tribunal decretar una medida para mejor resolver dirigida a dicho propósito, salvo que ello sea posible dentro de los términos y limitaciones del art. 159 N° 5°, esto es citando a los mismos testigos que ya hubieren comparecido al juicio, y para aclarar sus dichos...

Pero además el tribunal esta sujeto a la obligación de calificar la pertinencia de autorizar la producción de la prueba en cuestión. Y la medida que impone la ley no es baja, puesto que exige que el establecimiento de los hechos sea considerado **ESTRICTAMENTE NECESARIO** para la acertada resolución del pleito; lo que además debería entenderse como un mandato del legislador para que la resolución que al efecto se dicte, sea fundada.

***c) QUE LA TESTIMONIAL SOLICITADA NO SE HAYA PODIDO RENDIR EN LA PRIMERA INSTANCIA.***

Finalmente la ley limita la producción de la testimonial, exigiendo que en la primera instancia no se haya podido rendir por el solicitante. Esta condición deber ser acreditada por la parte al momento se formular su petición, pues de otro modo el tribunal estará impedido de hacer uso de su facultad. No hay que olvidar que estamos en un proceso en que la carga probatoria es de responsabilidad exclusiva de los litigantes; y que, por otra parte, ésta **NO** es una medida para mejor resolver.

Los testigos que aporten los litigantes para acreditar los hechos a probar, podrán ser los mismos que ya depusieron en la primera instancia, u otros distintos. No hay limitación a este respecto, ya que rige la norma del art. 376 que autoriza a presentar hasta 6

testigos por cada hecho materia de prueba. Asimismo, si fueren los mismos que ya comparecieron antes, su declaración deberá limitarse a los hechos fijados por el tribunal de alzada, sin que puedan ser interrogados sobre sus anteriores declaraciones pues a su respecto habrá operado el efecto preclusivo. Lo dicho, sin perjuicio por cierto, de las atribuciones que tiene el tribunal para decretar (y aprovechar) su nueva comparecencia, también, como medida para mejor resolver, con los fines previstos en el art. 159 N° 5.

### **B) REGIMEN DE LA PRUEBA TESTIMONIAL ANTE EL TRIBUNAL DE ALZADA**

Constatadas que sean las circunstancias que autorizan al tribunal para decretar la testimonial, a saber: hechos que no figuren en la prueba rendida; que la testimonial no se hubiere podido producir en la instancia inferior y que se consideren como estrictamente necesarios para la acertada resolución del juicio, el tribunal deberá dictar una resolución con un contenido complejo:

- 1.- Accede a la petición de la parte interesada.
- 2.- Señala determinadamente los hechos sobre los que habrá de recaer.
- 3.- Abre un término especial de prueba, por el plazo que estime necesario.

- 1.- Accede a la petición de parte interesada. La resolución debe, necesariamente, expresarse en tal sentido, puesto que la decisión del tribunal reconoce como antecedente la petición de la parte interesada. De lo contrario, importaría una actividad oficiosa, excediendo los límites que el régimen dispositivo vigente impone al órgano juzgador; cuestión que es particularmente respetada en materia probatoria, aún por quienes propugnan una mayor iniciativa judicial.
- 2.- Señala determinadamente los hechos sobre los que habrá de recaer. La imposición legal de señalar de manera determinada los hechos a probar permite, desde luego fijar el objeto de la prueba; lo que determinará también las condiciones que deberán tener los testigos que se presenten. En otras palabras, serán los hechos los que determinen qué testigos específicos podrán presentarse, ya que sólo podrán ser personas que tengan conocimientos de esos hechos específicos. Asimismo, esta parte de la resolución permitirá a la contraparte controlar el cumplimiento de la limitación impuesta por el art. 207 en cuanto a que los hechos no figuren en la prueba rendida.
- 3.- Abre un término especial de prueba. La ley no fija anticipadamente la extensión del término probatorio. Sólo señala el límite máximo, que no podrá ser superior a 8 días. De manera que será el tribunal quien señale la extensión del término probatorio. Se trata, pues, de un término judicial, con las consecuencias que de ello se siguen.

\* **NOTIFICACIÓN:** por expreso mandato del art. 207, la resolución debe ser notificada por el Estado Diario.

\* **PRODUCCIÓN:** dentro de segundo día de notificada la resolución, deben las partes presentar su lista de testigos y minuta de puntos de prueba.

No parece cuestionable, a su vez, el derecho de la contraparte a producir su propia testimonial sobre los hechos fijados en la resolución, siempre que a su respecto se cumplan las exigencias previstas en el art. 207, pues de lo contrario se estaría infrin-

giendo el principio de la igualdad de las partes, y estableciéndose un privilegio en favor de aquella que solicitó y obtuvo la recepción de prueba testimonial en la alzada. De allí es que se considere que ambas partes pueden cumplir el trámite.

En cuanto a la minuta de puntos de prueba, si bien ya se admite sin discusión que puede omitirse su presentación, nada impide que se acompañe a la lista de testigos; pues la ley ordena al tribunal fijar los hechos -y no los puntos- sobre los cuales deberá recaer la testimonial.

La declaración deberá prestarse -si se trata de un tribunal colegiado- ante uno de sus miembros, comisionado al efecto (art. 365).

Finalmente, cabe tener presente la posibilidad -prevista por el legislador- que de la práctica de la diligencia, aparezca la necesidad de esclarecer nuevos hechos. Dicha circunstancia dará lugar a una nueva situación que se analizará más adelante.

En lo demás se aplican las mismas disposiciones contempladas para la primera instancia.

### **C) NATURALEZA JURIDICA DE LA PRUEBA TESTIMONIAL EN LA SEGUNDA INSTANCIA**

Se ha afirmado<sup>36</sup> que la testimonial rendida al amparo del art. 207 inc. 2° es una medida para mejor resolver, que tendría ciertas características especiales.

Nos parece que dicha afirmación no es correcta. La diligencia en comento revisa caracteres que permiten tipificarla como actividad probatoria, de iniciativa y producción exclusivamente parcial. En otras palabras, el tribunal no puede ejercer su potestad más que a los efectos de admitirla, previa solicitud de parte, cuando concurren los requisitos, y de controlar formalmente su producción. Estamos frente, pues, a un medio de prueba y no a una medida para mejor resolver.

Intentaremos fundamentar nuestra afirmación:

1.- Cuando el art. 207 faculta al tribunal para disponer “como” medida para mejor resolver la “recepción de prueba testimonial” sobre hechos que no figuren en la prueba rendida, se está valiendo de una expresión elíptica para referirse a una específica diligencia; de donde es posible entender que reconoce que el rótulo bajo el cual la designa, no es, en estricto rigor, el que corresponde de acuerdo al vocabulario especializado.

Podría afirmarse, en efecto, que cuando el art. 207 dice que la prueba testimonial puede decretarse como medida para mejor resolver, lo que hace es justamente facultar al tribunal para que, además de las medidas que contempla el art. 159, decreta la antedicha diligencia. Es decir que, para la segunda instancia, se agregaría una nueva medida para mejor resolver. En nuestro concepto, sin embargo, el vocablo “como” no asimila la diligencia que se comenta a las medidas para mejor resolver, sino que simplemente fija una OPORTUNIDAD muy precisa para que el tribunal haga uso de la facultad y decreta la prueba testimonial. Esta oportunidad es, de acuerdo con la disposición, una vez que la causa se encuentre en estado de sentencia. O sea, después de su vista; lo cual resulta perfectamente congruente con el criterio restrictivo que se le ha querido dar a la prueba en segunda instancia.

---

36 MARCOS LIBEDINSKY TSCHORNE, en “Estudios de la Reforma Procesal. Ley 18.705 de 24 de mayo de 1988”, Edit Ediar ConoSur Ltda., Santiago, 1989, pág. 63.

A diferencia de lo que ocurre en la primera instancia, donde las pruebas se rinden siempre que las partes la ofrecen, sin que el tribunal pueda negarse a admitirlas, (salvo casos en que aparezcan como absolutamente impertinentes) en la alzada el tribunal cuenta con la facultad de calificar las circunstancias expuestas por el interesado -que deben corresponder a los requisitos previstos en la misma disposición- de manera que le es perfectamente lícito negarse a admitir la testimonial. Y el mejor momento para efectuar dicha calificación es, indiscutiblemente, cuando el tribunal ha tomado conocimiento de la totalidad de los antecedentes del proceso. De manera que si en ese momento considera innecesario recibir la prueba testimonial podrá, soberanamente, desechar la petición. En la primera instancia no podría hacerlo si se le propone en la oportunidad y forma debidas. De allí es que la ley ha fijado esa oportunidad para que el órgano juzgador decida sobre la petición.

2.- El inciso segundo se inicia con la frase “no obstante”, después de haber prescrito al terminar el inciso precedente, que “no se admitirá prueba alguna”. La conjunción de ambas frases denuncia e inmediato el razonamiento de la ley: primero, fija la regla general de no admitir pruebas; luego, continúa su razonamiento restrictivo declarando que a pesar de esa regla, podrá admitirse la prueba testimonial siempre que se cumplan los requisitos que prescribe. Pero esa facultad queda sujeta además, a la condición de ser decretada bajo la forma de un mandato que responde a una solicitud de parte interesada. No de otra manera podría el tribunal calificar la circunstancia de no haberse “podido rendir en primera instancia” la testimonial; pues corresponderá a la parte convencer al tribunal sobre su imposibilidad de rendir dicha prueba en la instancia previa. Tal circunstancia no siempre constará en autos, y el tribunal no podrá decretar de oficio diligencias encaminadas a demostrarla.

3.- Para que el tribunal pueda (y deba) dictar medidas para mejor resolver sin infringir el principio de imparcialidad -tan caro en materia probatoria civil- es indispensable que exista un principio de prueba<sup>37</sup>. De ser ello efectivo, como creemos que lo es, dicha condición resulta incompatible con el requisito de que los hechos sobre los que versará la testimonial “no figuren en la prueba rendida en autos” impuesta por el art. 207. Si hay principio de prueba significa pues que los hechos que se tratan de probar en la alzada ya forman parte de la prueba rendida en la primera instancia, con lo cual resulta improcedente que el tribunal acceda a la petición de recibir testimonial. Queda excluida la posibilidad de que el tribunal superior entre a considerar siquiera la petición del interesado, ya que al no concurrir esta circunstancia desaparece su facultad para decretar la diligencia.

En consecuencias, si concurre el citado requisito, esto es, que los hechos no integren la prueba ya producida, significa que no hay principio de prueba. En tales condiciones la diligencia deja de ser una medida para mejor resolver y se convierte por tanto en una diligencia probatoria pura y simple.

4.- La medida para mejor resolver prevista en el N° 5 del 159 limita la comparecencia de testigos a aquellos que ya hubieren declarado, y con la específica finalidad de que aclaren o explique sus dichos oscuros o contradictorios. Esa condición también resulta incompatible con la prevista en el art. 207 ya que si la finalidad fuere aclarar sus dichos, significaría que los hechos ya forman parte de la prueba rendida.

5.- Desde la perspectiva de la tramitación de la diligencia, cabe también observar que, si la ley considerare que es una medida para mejor resolver, no hubiese contemplado las reglas establecidas en la parte final del inciso 2º del art. 207; según las cua-

---

<sup>37</sup> Así RAUL TAVOLARI OLIVEROS. “Diligencias para mejor proveer: antiguos y nuevos problemas”. RDJ. T LXXXVIII, 1a. p. pág 77.

les el tribunal deberá: a) señalar determinadamente los hechos sobre los que deberá recaer y, b) abrir un término especial de prueba. Además, la propia ley fija un plazo para presentar la lista de los testigos.

Si fuere una medida para mejor resolver, bastaría con que el tribunal fijara las audiencias a las cuales deberían concurrir los testigos a quienes le interesa interrogar, sin que fuere necesario abrir un término de prueba.

## **V.- CASOS ESPECIALES**

Parece conveniente examinar algunas situaciones que alteran las reglas anteriormente analizadas, por cuanto no responden a las limitaciones contempladas en el art. 207. En efecto, nos referimos a casos como las excepciones anómalas, las medidas para mejor resolver, las excepciones dilatorias del art. 305 inciso final, y los incidentes en la alzada. En todos esos casos la prueba que se rinda no estará necesariamente sujeta a las limitaciones del art. 207, por lo cual vale la pena detenerse en su análisis a fin de fijar de manera clara el régimen probatorio aplicable a los hechos en que se fundan las alegaciones que originan tales incidencias.

### **A.- Excepciones anómalas**

Es necesario aclarar previamente que consideramos como anómalas aquellas excepciones que pueden ser opuestas en cualquier estado del juicio, conforme lo autoriza el art. 310 del Código de Procedimiento Civil; misma disposición que las menciona. Se oponen a las excepciones que denominamos mixtas, las que siendo perentorias por naturaleza, pueden ser opuestas, sin embargo, en la oportunidad y forma establecidas para las dilatorias, según previene el art. 304. Creemos que dicha denominación refleja con mayor propiedad las características de una y otras lo que facilita su comprensión.

El art. 207 se refiere a ellas cuando declara que en la segunda instancia no se admitirá prueba alguna, salvo lo dispuesto en el inciso final del art. 310.

Lo anterior significa que si alguna de las excepciones que contempla dicho artículo se opone en la alzada, recibirá tramitación incidental y, en caso de ser necesario recibirlas a prueba, no regirá la limitación del art. 207. De allí se concluye que el tribunal podrá dictar la resolución correspondiente, determinando los puntos sobre los que deberá recaer la actividad probatoria, y las partes podrán hacer uso de todos los medios que autoriza la ley sin las limitaciones que se imponen en la prueba de la cuestión apelada.

En este caso, aún cuando estamos dentro de un proceso de apelación, la prueba es completa y el tribunal deberá recibir, sin limitación alguna, toda proposición probatoria formulada por las partes, tal como ocurre con el tribunal a quo. Es más, nos parece que, siendo aplicable al caso la normativa de los incidentes, resulta posible también acudir a la norma del art. 89 que autoriza a resolver de plano aquellas peticiones cuyo fallo se pueda fundar en hechos que consten en el proceso o sean de pública notoriedad.

La solución parece razonable si se piensa que tales excepciones no han sido materia de debate ante el tribunal inferior, de manera que la ley debe dar a las partes y al propio juzgador, la oportunidad de acceder al conocimiento cabal de los hechos en que se apoyan, lo que ciertamente pasa por la posibilidad de utilizar con plena libertad los medios probatorios que admite la ley para la primera instancia.

La misma circunstancia que la ley haya previsto la posibilidad de que tales excepciones puedan ser alegadas recién en la segunda instancia -atendida la trascendencia que les reconoce- justifica suficientemente el derecho de las partes a valerse de todos los medio probatorios fijados por las normas comunes.

## **B.- Medidas para mejor resolver**

El art. 207, luego de formular la regla general en su inciso primero, en orden a declarar inadmisibles cualquier prueba salvo los casos allí señalados, agrega en su inciso segundo que el tribunal, sin perjuicio de las demás facultades concedidas por el art. 159, podrá decretar la recepción de la prueba testimonial como medida para mejor resolver.

Nos interesa referirnos, en este momento, específicamente, a lo que la disposición llama “demás facultades del art. 159”. O sea, las medidas para mejor resolver, que constituyen también actividad probatoria que por excepción la ley autoriza a desarrollar en la alzada.

Dos situaciones pueden distinguirse en el art. 159 a los efectos de determinar las posibilidades de rendir prueba en la segunda instancia:

1) las medidas contempladas en los seis numerales del inciso primero del art. 159, y

2) aquellas pruebas que podrían tener que recibirse, según lo previsto en el penúltimo inciso de la disposición.

1) Con respecto a la primera situación, y sin entrar en un análisis detallado de cada caso que enumera el art. 159, digamos sólo que estamos frente a una facultad exclusiva del tribunal, que puede ejercer una vez que la causa se encuentra en estado de sentencia y en cuya virtud puede decretar únicamente las medidas que expresamente autoriza el art. 159, limitándose también, cuando así lo prevenga la ley, a los fines específicos que señala respecto de algunos de los medios probatorios (v. gr. Nos. 2º, 3º y 5º).

Las partes sólo pueden actuar en cumplimiento del decreto que ordena estas medidas, llevando a efecto las actividades que vayan directamente destinadas a cumplir el objeto de producir la prueba dispuesta por el tribunal y aplicándose en lo demás, lo dispuesto en el art. 433, tal cual lo expresa el propio art. 159.

Ha fijado también la ley, merced a la modificación de la 18.705, un plazo de 20 días para el cumplimiento de estas medidas, vencido el cual las que no se hubieren cumplido se tendrán por no decretadas, debiendo el tribunal fallar sin más trámite. Esta regla, en verdad, no tiene otro fundamento que evitar la dilación de los procesos por la vía de retardar el cumplimiento de las medidas decretadas, lo que, hay que decirlo, era aprovechado por litigantes y magistrados. Se trata, en consecuencia, de agilizar la resolución de la causa, pero sin que la disposición tenga mayor relación con algún mecanismo limitativo de la posibilidad de rendir prueba.

2) la segunda situación que se puede observar y que reviste interés a los efectos de este estudio, surge de la hipótesis planteada por el propio legislador. Consiste en que de la práctica de alguna de las medidas para mejor resolver, aparezca de manifiesto la necesidad de esclarecer nuevos hechos indispensables para dictar sentencia. En tal caso el tribunal podrá abrir un término especial e improrrogable de prueba, de no más de 8 días. Deberá fijar también los puntos sobre los que ésta debe recaer.

Lo destacable de esta situación radica en que los hechos podrán ser probados por cualquiera de los medios que autoriza la ley. O sea, hay allí, nuevamente, un caso de excepción a las limitaciones establecidas por el art. 207. La ley no impone limitaciones en relación con los medio idóneos para provocar la convicción judicial sobre estos nuevos hechos. Incluso, de manera inequívoca, la disposición autoriza a recurrir a la prueba testimonial, desde que se remite al inciso segundo del art. 90

Las únicas limitaciones que se previenen en este caso, dicen relación con los requisitos para abrir el término de prueba. Ellos son:

- a) que la necesidad de esclarecer nuevos hechos “aparezca de manifiesto”.
- b) que dicho esclarecimiento sea “indispensable” para dictar sentencia.

Se agrega también -lo que evidentemente configura una limitación- la improrrogabilidad del término de prueba; declaración necesaria de la ley, toda vez, que de otro modo, por tratarse de un plazo judicial (lo fija el tribunal, aunque no puede exceder de 8 días) podría ser prorrogado si se cumplen los requisitos contenidos en el art. 67.

Cabe sí observar por último, una incongruencia del legislador; ya que, si por una parte exige que para abrir este término probatorio especial el tribunal debe considerar el esclarecimiento de los hechos a probar como indispensables para la dictación de la sentencia, y por otra establece su improrrogabilidad -lo que se traduce en que el tribunal deberá dictar igualmente la sentencia, háyase o no podido rendir la prueba ordenada, en razón de habérsela considerado indispensable por el juzgador -lo que está haciendo el legislador es relativizar el concepto “indispensable”; por lo que es de temer que los tribunales preferirán no hacer uso de la facultad, puesto que de esta norma se desprendería el criterio del legislador de que ningún hecho puede ser tan indispensable como para justificar la espera de la prueba -cuyo retardo podría no ser siquiera imputable ni a las partes ni al tribunal- antes de dictar sentencia. Tal vez la ley no debió haber sido tan drástica y haber dado cierta libertad al tribunal para calificar la conveniencia de aguardar la prueba, y estableciendo otro tipo de control sobre el órgano, para precaver una eventual intención dilatoria en el pronunciamiento del fallo.

### **C.- Dilatorias del inciso final del Artículo 305**

Declara esta disposición que las excepciones primera (incompetencia del tribunal) y tercera (litis pendencia) del art. 303 podrán oponerse en segunda instancia en forma de incidente.

A propósito de la excepción de incompetencia, la Corte Suprema en fallo de 23 de mayo de 1961, ha declarado que ésta puede referirse únicamente a la competencia del tribunal de alzada, quien podría no ser el que deba conocer del recurso. O sea, no se trata de que el demandado pueda recién, a estas alturas, reclamar de la competencia del tribunal inferior, porque en tal caso estaríamos en un caso similar al de las excepciones anómalas. Se trata, en verdad, de excepciones que sólo pueden referirse a la segunda instancia.

La norma señala que podrán oponerse en forma de incidente. Ello significa que promovido que sea (podrán ser introducidos por cualquiera de las partes, sin importar la posición que tengan en la acción principal), el tribunal da traslado (recordemos que puede también fallar de plano según el art. 220) si estima que hay o puede haber controversia, lo recibirá a prueba. En tal caso se aplica plenamente la normativa que fija la tramitación de los incidentes

Luego, tampoco se aplica la regla del 207, ya que se trata de hechos que no están directamente relacionados con la cuestión de fondo discutida en la primera instancia. Y

por tanto el legislador no puede exigir a las partes que hayan rendido pruebas sobre los hechos en que se fundan estas excepciones. Son hechos surgidos en la segunda instancia, por lo que tanto las partes como el tribunal, están en plena libertad para conocer los hechos y producir los medios de prueba que estimen necesarios, dentro de los que admite la ley en su regulación común.

Creemos también que es perfectamente factible que las incidencias sean resueltas de plano si el fallo pudiese fundarse en hechos que consten en el proceso o sean de pública notoriedad, conforme lo autoriza la parte final del art. 89, lo que por lo demás, es concordante con la norma del art. 220.

#### **D.- Incidentes comunes en la segunda instancia**

Las mismas razones que dábamos en el apartado anterior, nos sirven para sostener que tampoco rigen las limitaciones del art. 207 en el caso de los incidentes comunes promovidos durante la tramitación de la causa ante el tribunal de alzada.

En efecto, los incidentes se promueven como resultado de la ocurrencia de hechos que sin estar directamente relacionados con la cuestión de fondo, tienen relevancia para el desarrollo del proceso y requieren ser resueltas por el tribunal. Ciertamente que las partes deben tener la oportunidad de justificar sus afirmaciones de hecho sin limitación alguna, puesto que en estos casos no existen las razones que se señalaban para darle a la segunda instancia un carácter revisor. Son hechos nuevos y distintos a los discutidos en el grado inferior y por tanto no se puede impedir la utilización de cualesquiera de los medios probatorios que autoriza la legislación.

#### **E.- Casos previstos en los Artículos 431 y 433**

1.- El art. 431 se pone en el caso que una prueba rendida fuera del tribunal no haya sido devuelta al tiempo de pronunciar el fallo o no se hubiere practicado alguna diligencia de prueba decretada oportunamente.

La ley faculta al juez para reiterarla como medida para mejor resolver si lo estima estrictamente necesario. Pero al aplicarle las normas del art. 159, puede ocurrir todavía que se cumpla la hipótesis de su inciso tercero y por tanto el tribunal deba dictar igualmente su sentencia.

En tales circunstancias el inciso final del 431 ordena que la prueba sea agregada al expediente después de la sentencia de primera instancia “para que sea considerada en segunda instancia”.

Nos parece que hay aquí una suerte de prueba en segunda instancia, desde que si bien habrá sido ofrecida, decretada y, eventualmente producida en la primera instancia, recién podrá ser materia de controversia por las partes y finalmente ponderada por el órgano juzgador, después de haberse pronunciado fallo y operado, tal vez, el desasimiento del tribunal a quo.

Ello implica que la fase más importante del proceso probatorio, como es la valoración, se producirá en única instancia ante el tribunal de alzada, quien será el que, en forma exclusiva conozca y pondere el resultado de la probanza.

Esta disposición, introducida en la reforma de la ley 18.705, al igual que la mayoría de las modificaciones hechas al Código de Procedimiento Civil por esa ley, responde al propósito del legislador de imponer a los procesos judiciales una velocidad que a veces pareciera marcha forzada. Nos parece que el legislador en este caso obró sin reparar en que por intentar una solución que favoreciera la agilidad de los procesos -y

que la experiencia ha demostrado no haber fructificado en la forma que parece haberla imaginado su redactor- terminó creado figuras que distorsionan los procedimientos y provocando dudas e incertidumbres que por cierto no favorecen la confianza que deben guardar los justiciables en el sistema.

2.- A su turno el art. 433 inciso 2º se pone en el caso en que al momento de citarse a las partes para oír sentencia, estuvieren corriendo los plazos para impugnar instrumentos o traducciones de éstos. La ley autoriza a que la parte que lo desee promueva un incidente de impugnación, en cuyo caso el tribunal deberá tramitarlo en cuaderno separado y fallarlo en la sentencia definitiva. Pero agrega la disposición, que ello se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 431.

Se puede concluir entonces que el juez deberá fallar el pleito aunque el incidente no estuviere resuelto. En tal caso, la consecuencia será que la sentencia no podrá considerar la prueba en cuestión y además, que al operar el desasimio, ya el incidente no podrá ser resuelto por el tribunal a quo, debiendo fallarlo el superior. El problema está en definir si debe iniciarse nuevamente el trámite, o el tribunal ad quem podrá resolver la impugnación con el mérito de lo obrado ante el inferior.

Pareciera que lo correcto es iniciar nuevamente la gestión, puesto que en el otro caso se estaría alterando el principio de que el pronunciamiento debe emanar del mismo órgano que intervino en la producción probatoria

## CONCLUSION

De lo expuesto a lo largo de este trabajo se pueden extraer las siguientes conclusiones:

1.- El régimen a que se encuentra sometido el recurso de apelación en nuestro país corresponde claramente a lo que se ha denominado apelación limitada; lo que se explica por el modelo seguido en su establecimiento y que constituye además, la tendencia actual en el derecho comparado.

2.- No se puede hablar, por lo mismo, de una segunda instancia. Las limitaciones que afectan a nuestra apelación, obstan a que se le pueda calificar, en rigor, de segunda instancia. Aún cuando el apelante no hubiera limitado su recurso a extremos precisos, el tribunal estará igualmente sujeto a impedimentos que lo limitarán en sus atribuciones.

3.- En un análisis comparativo con otros sistemas procesales, se advierte que nuestro país ha seguido una tendencia contraria a la que, en un plano más general, podemos definir como aumento de las atribuciones del juez. En efecto, si bien el recurso de apelación se ha regulado conforme al sistema limitado, al igual que en todos los países occidentales, la modificación al art. 207 significó privar al tribunal de la facultad de decidir cuándo es conveniente admitir prueba en la alzada.

Ello, sin lugar a dudas importa restarle atribuciones al órgano jurisdiccional, en una época en que la doctrina y la legislación extranjera evolucionan en dirección contraria.

Nuestro legislador no puede desconocer que los jueces de alzada tienen suficiente capacidad, conocimientos y experiencia, como para decidir la conveniencia de admitir o de rechazar proposiciones de prueba. Es razonable entonces dotarlos de las facultades que les permitan resolver con libertad sobre dichas cuestiones.

4.- Con todo, la pretensión de regular un recurso de apelación donde la actividad probatoria se encuentra limitada en extremo, se traduce en una verdad más aparente que real. Como se ha visto, tanto los hechos que dan origen al pleito como los que surgen de la práctica de una medida para mejor resolver, y más aún, los que motivan la promoción de un incidente, pueden ser objeto de prueba en la alzada. Los primeros con ciertas restricciones. Los demás, con ninguna.