



Universidad de Valparaíso
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
ESCUELA DE DERECHO



T E S I N A

**LA EXHIBICIÓN DE DOCUMENTOS COMO
MECANISMO PARA HACER FRENTE A LA
DIFICULTAD PROBATORIA**

AUTOR: CAMILA AGÜERO ARÁNGUIZ

PROFESOR GUÍA: CLAUDIO MENESES PACHECO

OCTUBRE 2010

ÍNDICE

ÍNDICE.....	2
RESUMEN.....	3
INTRODUCCIÓN.....	4
1. El problema de la dificultad probatoria.....	6
2. Mecanismos para hacer frente a la dificultad probatoria.....	8
3. Los deberes procesales y la dificultad probatoria.....	11
4. Los deberes procesales y el principio de aportación de parte.....	13
5. La exhibición de documentos y los deberes procesales.....	15
6. La exhibición de documentos y la carga de la prueba.....	20
7. El principio “ <i>nemo tenetur edere contra se</i> ”.....	21
8. El derecho de propiedad sobre los documentos.....	23
CONCLUSIONES.....	25
BIBLIOGRAFÍA.....	30

RESUMEN

Este trabajo tiene por cometido uno de los temas más controvertidos en materia probatoria, como es la dificultad de la prueba en juicio, y particularmente determinar si la exhibición de documentos constituye un mecanismo que permite paliar dicha dificultad. La importancia de este tema radica, principalmente, en que para lograr una decisión justa en el caso concreto, se hace necesario proporcionar, al sistema procesal civil, herramientas que posibiliten obtener el esclarecimiento de los hechos del juicio; y en ese orden de cosas, aparecen los deberes procesales como uno de los mecanismos antes aludidos, dentro de los cuales se encuentra el deber de exhibición, pues en la medida que el referido imperativo permite que la parte que lo solicita acceda a los elementos de prueba que no tiene en su poder, por encontrarse éstos en manos de su adversario, y ello, a su vez, otorga mayor transparencia al proceso, es que estimo que la exhibición de documentos sí constituye una medida que propende a una apropiada determinación de los hechos de la causa, y por ende hace frente al problema de la dificultad probatoria.

PALABRAS CLAVES: Proceso Civil - Prueba – Dificultad probatoria – Deberes procesales – Exhibición de documentos.

INTRODUCCIÓN

Un problema procesal acuciante es el de la dificultad probatoria, que impide obtener el esclarecimiento de los hechos del juicio, y particularmente me refiero a aquellos casos en que una de las partes no cuenta con los elementos de prueba que le permitan acreditar su pretensión, por encontrarse éstos en poder de la contraparte sobre quien no pesa el *onus probandi*.

Frente a esta situación, surge la necesidad de dotar a nuestro ordenamiento jurídico de mecanismos que permitan al juez obtener un conocimiento cabal de los hechos, pues si esto no es posible resulta obstaculizada la solución correcta en el caso concreto.

El objetivo de este trabajo, consiste en analizar, en general, uno de los mecanismos antes aludidos que, a mi juicio, permite hacer frente a esta dificultad: me refiero a la imposición de deberes procesales. En particular, me pregunto si en nuestro proceso civil existe un deber para la parte de exhibir documentos.

En este punto, es importante dejar establecido que este trabajo se centrará en el deber que pesa sobre la parte conminada a la exhibición de documentos, y no respecto de terceros que también puedan ser constreñidos con el mismo objeto.

Este tema no ha sido objeto de tratamiento por la doctrina nacional, y en la doctrina extranjera no ha sido un tema pacífico, puesto que existen fundamentos, si bien no para negarse a la exhibición, pues ello no puede tener lugar en nuestro sistema procesal, toda vez que la solicitud de la parte debe, al menos, tener un grado de verosimilitud, pero si para afirmar que lisa y llanamente no debe existir este deber. Dentro de esos fundamentos encontramos la invocación de un viejo adagio latino, tan polémico en la doctrina procesal, como es el *nemo tenetur edere contra se*, esto es, nadie puede ser obligado a suministrar prueba en su contra. Y frente a ello surge la pregunta ¿Es efectivo que la parte no tiene el deber de aportar la prueba, permaneciendo ésta oculta, en detrimento de la justicia?

Para lograr responder estos importantes cuestionamientos, me valdré de una metodología dogmática, con una estructura redactada de tal manera que un tema va de

la mano del que sigue, y con cuatro artículos y dos libros que considero fundamentales. Y los artículos son de Prütting, Stürner, Carreta y Hunter; y los libros son de Couture y Muñoz Sabaté.

1. EL PROBLEMA DE LA DIFICULTAD PROBATORIA

La dificultad probatoria es uno de los problemas acuciantes en la doctrina procesal, y consiste en un fenómeno que se produce cuando en un caso concreto la parte afectada por la carga de la prueba, no está en condiciones de probar su pretensión, porque no cuenta con los medios probatorios que se lo permitan, y como consecuencia de ello, se impide un adecuado establecimiento judicial de los hechos, como asimismo, se impide una decisión correcta de la causa.

Ahora bien, cabe recordar que en el Derecho privado chileno no existe una norma general de distribución de *onus probandi*, no obstante que hay quienes han querido ver una norma general en lo que dispone el artículo 1698 inciso primero del Código Civil, en orden a que “Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta”. Sin embargo, me parece que esta es una norma bien redactada, pero no es general, porque está regulando solamente la prueba de las obligaciones, e incluso se puede decir más, que está regulando la prueba de las obligaciones contractuales.

Pese a lo anterior, y aún cuando adoptáramos la postura de aquellos que creen ver la regla general, la disposición en comento, no cubre todas las hipótesis que pueden darse en el marco de un proceso. De ahí, que se ha hecho necesario implementar mecanismos que permitan al juez resolver cada una de esas situaciones, pues sobre él pesa la prohibición del *non liquet*, cuya manifestación la encontramos en nuestro país en el principio de inexcusabilidad, propio de la función jurisdiccional, consagrado en el artículo 76 inciso segundo de la Constitución Política de la República, en cuanto señala que “reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aún por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometidos a su decisión”, como asimismo en el artículo 10 inciso segundo del Código Orgánico de Tribunales, según el cual “reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad ni aun por falta de ley que resuelva la contienda sometida a su decisión”.

En este mismo sentido se pronuncia Fernández cuando señala que “Dada la prohibición del *non liquet* que pesa sobre los jueces y magistrados y, por tanto, la obligación de resolver todos los asuntos que se les planteen, es necesario el establecimiento de unas reglas o criterios que actúen como expediente formal de decisión aplicable a estos casos, de modo que, aunque los hechos sigan quedando inciertos, pueda dictarse una resolución sobre el fondo del asunto que determina a cuál de las partes ha de perjudicar la falta o inexistencia de prueba” (2006: p. 29).

Ahora bien, me parece que el problema de la dificultad en materia probatoria, en rigor, se presenta, cuando aquel que tiene la carga de la prueba, no puede probar, porque no cuenta con los medios de prueba para ello, y es esto, lo que trae aparejado como consecuencia que no exista un adecuado esclarecimiento de los hechos del juicio, cuestión que es necesaria para que el juez tenga un apropiado conocimiento de ellos, pues en la realidad del proceso se presentan situaciones en que se hace imposible, o al menos dificultan la aportación de la prueba, y que por ende no tenga lugar una solución correcta en el proceso, y como dice Taruffo “El panorama cambia completamente si se parte de una opción ideológica diferente y que Jerzy Wroblewski ha definido como «ideología legal-racional» de la decisión judicial. Esta ideología pone al centro del problema de la administración de la justicia la calidad de la decisión, subrayando que ella tiene que estar fundada en una aplicación correcta, y racionalmente justificada, del derecho” (2006: p. 10).

De manera que, siguiendo este ideal, lo que nos interesan son decisiones correctas en el juicio, es decir, no cualquier resolución del conflicto, sino que una correcta solución del conflicto, y para eso tiene que quedar bien configurado el problema de hecho, para aplicar a ese problema de hecho la norma pertinente, porque si se configura mal el problema de hecho se va a aplicar mal la norma. Entonces, y valiéndome del siguiente ejemplo, si se da por probado el hecho A, y resulta que el hecho era Z, se va a aplicar la norma pertinente para A, y se va a aplicar mal, y por eso se resolverá mal. Por tanto, es un problema de correcta decisión, y no sólo un problema de justa decisión. Ahora bien, para lograr esto “podrían invocarse varias justificaciones pero dos de ellas

parecen particularmente relevantes. La primera es que, especialmente en el ámbito de la administración de la justicia, y también de la justicia civil, se advierte la «necesidad de la verdad» (...) La segunda justificación, en alguna medida más específica, es que ninguna decisión judicial puede considerarse legal y racionalmente correcta, y por lo tanto justa, si se basa en una comprobación errónea y no verdadera de los hechos a los que se refiere” (Taruffo, 2006: p. 11).

En este sentido, y siguiendo en esta materia a Muñoz Sabaté, se puede afirmar que el problema que se produce en el proceso no dice relación con el derecho, o con la aplicación de éste, pues como se sabe, rige el adagio “*iura novit curia*”. Por tanto, el problema viene dado por los hechos, “es aquí donde precisamente radica la gravedad del problema. Tender un puente que desde la afirmación de hecho conduzca a la verdad objetiva para, de este modo, poder trasladar los hechos a la presencia del juez” (Muñoz, 1967: p. 32).

De manera que, “generalmente suelen haber dos tipos de impedimentos que dificultan el acceso de los justiciables a la Justicia. Un impedimento es de carácter económico. El otro plenamente jurídico, y es el problema de la prueba. Las partes se encuentran a veces impotentes para demostrar el hecho concreto determinante de la pretensión, y prefieren desistir antes de incurrir en infructuosos gastos y pérdidas de tiempo” (Muñoz, 1967: p. 33).

2. MECANISMOS PARA HACER FRENTE A LA DIFICULTAD PROBATORIA

Dado lo anterior, es que se ha hecho necesario implementar herramientas, que tengan por objeto facilitar la aportación, y en general la práctica de la prueba en el marco de nuestro proceso civil, de manera que se pueda lograr una adecuada determinación de la cuestión fáctica. Es así, como es posible vislumbrar diversos mecanismos para paliar la dificultad probatoria, como son la existencia de las cargas procesales, las obligaciones procesales, y la imposición de deberes procesales a las partes.

Como este trabajo no tiene por finalidad adentrarnos en los dos primeros mecanismos, sólo haré una breve referencia a ellos.

Las cargas procesales, como lo señala Fernández, son “un poder de ejercicio facultativo que se concede a las partes en el proceso y que les facilita, mediante la realización de la conducta prevista por la norma jurídica, la expectativa de obtener un efecto procesal favorable para sus intereses, y cuyo ejercicio, lejos de tener como reflejo una sanción jurídica, se traduce en la pérdida de una posibilidad procesal (en último término, en la pérdida de posibilidades respecto de la obtención de una sentencia favorable)” (2006: p. 46-47).

Couture por su parte, indica que “la carga procesal puede definirse como una situación jurídica instituida en la ley consistente en el requerimiento de una conducta de realización facultativa, normalmente establecida en interés del propio sujeto, y cuya omisión trae aparejada una consecuencia gravosa para él” (1993: p. 211).

El ejemplo por antonomasia de carga procesal, es la carga de la prueba. “Tradicionalmente, la doctrina entendió que el establecimiento de reglas de distribución de la carga de la prueba entre las partes encontraba su fundamento en el principio dispositivo. No obstante, estudios posteriores han puesto de relieve que es el principio de aportación del que deriva la exigencia de que sean aquéllas las que faciliten al juez el material probatorio. En efecto, si bien es cierto que en la práctica los principios dispositivo y de aportación parecen confundirse bajo un mismo significado, la distinción teórica entre ellos resulta esencial, por cuanto uno y otro gozan de un fundamento y de un alcance diversos” (Fernández, 2006: p. 57).

Dejaré enunciado desde ya, que más adelante responderé a la siguiente pregunta *¿La imposición del deber de exhibir documentos produce un desplazamiento de la carga de la prueba?* Pregunta que resulta importante, toda vez que podría creerse que aquel que es compelido a la exhibición, en definitiva, estaría probando por aquél sobre quien pesa el *onus probandi* y solicita la exhibición.

Por su parte, las obligaciones procesales son aquellas “instituidas en interés de un acreedor” (Couture, 1993: p. 210); la infracción de ellas acarrea una consecuencia a

favor de la parte contraria, como por ejemplo, la condena en costas. Sobre el particular, también se ha señalado que “los únicos quienes pueden adquirir obligaciones en el proceso son las partes. Ellas en ciertas ocasiones, pueden quedar vinculadas por algunas causas que emanan del mismo proceso” (Carreta, 2008: p. 108).

Finalmente, para los efectos de este trabajo, entenderé por deberes procesales, en los términos de Couture, esto es, como “imperativos jurídicos establecidos en favor de una adecuada realización del proceso, que miran más al interés de la comunidad, que al interés individual de los litigantes, y cuyo incumplimiento da lugar a la aplicación de sanciones” (1993: p. 209).

Ahora bien, me parece importante destacar en este punto, que la existencia de deberes procesales, no implica la desaparición o la atenuación, en cuanto a su existencia, de las cargas procesales, pues éstas últimas, y refiriéndome particularmente a la carga de la prueba, es y ha sido siempre el principal mecanismo de distribución de la labor probatoria, de ahí que “las partes intervinientes en el proceso han de atenerse a estas reglas en la fase probatoria, ya que son las que les informan, en primer lugar, de que son ellas las que tienen la responsabilidad de aportar las pruebas como consecuencia de la supremacía del principio de aportación y, en segundo lugar, de cuáles son los hechos que cada una de ellas tiene que acreditar para que la expectativa de obtener una sentencia favorable se haga efectiva. Desde este punto de vista, puesto que su función es la de distribuir la incumbencia probatoria entre las partes, reciben la denominación de *reglas de distribución* de la carga de la prueba” (Fernández, 2006: p. 25).

Sin embargo, en múltiples ocasiones la aplicación irrestricta de este tipo de imperativo jurídico, puede llevar a que alguna de la partes se encuentre en una situación de indefensión, como ocurre precisamente cuando el material probatorio no se encuentra a disposición de aquella parte sobre quien pesa la carga de probar, y que resulta indispensable para acreditar su pretensión.

En relación con lo anterior, cabe hacer presente, que a mi entender, la imposición de un deber, en cuanto a su aplicación, no es que sea mejor, o más bien dicho, no es

que sea más eficiente, que la existencia de una carga procesal, sino que en estricto rigor, su ventaja viene dada en términos de eficacia, ya que el supuesto de hecho que contiene la norma que impone el deber, es más fácil o más factible hacerlo efectivo, toda vez que viene impuesto bajo la amenaza de una sanción. Mientras que la carga, es una cuestión que dependerá de la sola voluntad del sujeto a quien está dirigida, pues su incumplimiento solo producirá efectos en su esfera de derechos; por el contrario, la infracción de un deber produce, además, efectos que inciden en la buena conducción del proceso.

3. LOS DEBERES PROCESALES Y LA DIFICULTAD PROBATORIA

Como ya he venido señalando, la imposición de deberes procesales constituye uno de los mecanismos para hacer frente a la dificultad probatoria, por lo mismo se hace necesario referirme especialmente a ellos.

Esta clase de imperativos jurídicos, tienen diversas características, de las cuales destaco las siguientes: primero, por lo general la infracción de un deber lleva aparejada una sanción pecuniaria o coactiva; segundo, la sanción propia del deber es impuesta por el Estado que es un agente ajeno al infractor; tercero, los deberes representan imperativos impuestos en beneficio de la comunidad; y cuarto, son titulares de deberes, no solo las partes, sino que también el juez y terceros (Carreta, 2008: p. 110 - 111).

Por otra parte, esta es una cuestión de suma trascendencia, toda vez que lo que se busca en el marco de un proceso es que el caso se resuelva correctamente, y, por lo tanto, “el proceso no deja de ser el instrumento institucional para la resolución de las controversias, pero se vuelve relevante la calidad de la decisión con que la controversia es solucionada. En sustancia, cada decisión no es «buena» sólo porque pone punto final al conflicto; la decisión es «buena» si pone punto final al conflicto siendo fundada en criterios legales y racionales, entre los que asume importancia particular la veracidad de la comprobación de los hechos. Por otro lado, la ideología seguida por la cual el proceso tiene que tender a concluirse con decisiones justas parece coherente con una interpretación no formal y no meramente repetitiva de la cláusula constitucional del

«justo proceso»: ella debería en efecto ser referida a un proceso que puede ser «justo» en cuanto está orientado a la consecución de decisiones justas” (Taruffo, 2006: p. 11).

Para que lo señalado anteriormente tenga lugar, será necesario que se obre con transparencia, pues “el proceso es un debate dialéctico, como debate es lucha y en toda lucha existe una ley implícita que impone a los contendores el *fair play*” (Couture, 1948b: p. 249), lo cual se logra, entre otras cosas, mediante la imposición de este tipo de deberes, como es el de exhibir documentos, que demuestran que a nuestro legislador no le es indiferente que un hecho quede sin ser probado, porque la parte que debió hacerlo, y no lo hizo, no pudo disponer de los medios de prueba por hallarse éstos en manos de su adversario.

Ahora, y en el mismo sentido señalado precedentemente, cabe indicar que se ha sostenido que “los deberes, a diferencia de las obligaciones y las cargas, proveen utilidad al desenvolvimiento transparente del proceso cuyo interés corresponde al Estado. Por lo anterior, la consecuencia a la infracción de un deber puede producir efectos, pero no ya entre dos personas, como en el caso de la obligación, sino que del infractor para con el Estado a través de la imposición de multas, arrestos o costas” (Carreta, 2008: p 113).

Es importante señalar, que la parte a quien se le impone un deber, no tiene libertad para decidir si lo ejerce o no y, en ese sentido, y por las consecuencias que puede aparejar, existiría una necesidad de ejercitarlo. De ahí que “cuando un sujeto se enfrenta a una obligación o a un deber jurídico está ausente - o, al menos, es irrelevante - la voluntad de actuar conforme al mismo y, en consecuencia, no existe libertad alguna para decidir acerca de la conveniencia o no de actuar. En estos casos, la sujeción de la voluntad se encuentra claramente perfilada por el ordenamiento jurídico al considerar que el incumplimiento constituye un ilícito merecedor, en consecuencia, de una sanción” (Fernández, 2006: p. 45).

4. LOS DEBERES PROCESALES Y EL PRINCIPIO DE APORTACIÓN DE PARTE

Lo primero que cabe señalar es que en nuestro proceso civil rige el principio de aportación de parte, en virtud del cual, son las partes litigantes las que rinden las pruebas. Este principio, se basa en aspectos técnico-procesales, siendo el principal aspecto la imparcialidad del juzgador. De ahí que “muchos autores justifican la vigencia de este principio en la imparcialidad, ya que si la actividad de prueba pudiera ser realizada por el órgano judicial se violentaría aquélla y se afectaría el correcto ejercicio jurisdiccional, lo que técnicamente no es admisible” (Meneses, 2001: p. 28).

Por otra parte, cabe indicar que el fundamento del principio de aportación de parte también lo encontramos en las diferentes formas de organización política del Estado, especialmente en el Estado Liberal, vale decir, un Estado “escasamente intervencionista, se instaura un proceso en el que el juez actúa como un espectador del proceso que, con el fin de preservar su imparcialidad, se mantiene prácticamente inactivo, de forma que corresponde a las partes tanto la introducción de los hechos cuanto la prueba de los mismos. De conformidad con ello, la tarea del juzgador se centra, fundamentalmente, en dictar una resolución sobre la base del material fáctico y probatorio que las partes le han proporcionado” (Fernández, 2006: p. 58).

Por lo tanto, podemos decir que “el principio de aportación de parte encuentra aplicación en relación con un aspecto muy concreto del proceso civil: la aportación del material fáctico y de la prueba. En efecto, este principio indica a qué sujetos procesales les corresponde la introducción de los hechos y de las pruebas en el proceso civil” (Fernández, 2006: p. 61).

Así, en una primera aproximación, es importante señalar que la regla general en un sistema procesal civil basado en el principio de aportación de parte, es que no existan deberes y que, por tanto, la actividad probatoria se ordene a partir de derechos y cargas.

Sin perjuicio de lo recién señalado, un sector del procesalismo, entre los cuales podemos destacar a Couture, postula que es posible encontrar deberes en determinados casos; así se habla de un deber general de decir la verdad, y esto significa en pocas

palabras, que la estructura del juicio civil no legitima las mentiras de las partes, y este deber existiría, “porque es un deber de conducta humana. Pero lo que el proceso requiere no es solamente la verdad formal; requiere la lealtad, el juego limpio y no el subterfugio” (Couture, 1948b: p. 253); también se habla de un deber general de buena fe, según el cual los litigantes deben actuar en forma transparente sin ocultar las pruebas, y también se habla de deberes especiales, impuestos por la ley, en resguardo de la correcta administración de justicia como ocurre, por ejemplo, con el deber de exhibir documentos cuando la contraparte lo solicite.

Sin embargo, otro sector de la ciencia procesal sostiene que no cabe ningún tipo de deber, ni particular ni general, porque eso transformaría al proceso civil en un proceso autoritario. En esta segunda postura encontramos a Montero Aroca, para quien “el intento de organizar el proceso civil de modo diferente a base de ir imponiendo deberes a las partes, deberes cuyo incumplimiento se sanciona normalmente con la imposición de una multa, es algo típico de los ordenamiento jurídicos de base autoritaria, aunque está siendo aceptado sin el menor atisbo crítico en países que se proclaman libres” (2007: p. 121).

Frente a esto, cabe preguntarnos si existen deberes procesales en el proceso civil chileno. Al respecto puedo señalar que, en nuestra ley, este es un tema que no está expresamente resuelto, pero sin perjuicio de ello encontramos antecedentes que nos permiten decir que si hay deberes probatorios en nuestro sistema.

Primero, la garantía del debido proceso, ya que según una de las interpretaciones que existe, incorpora como elemento la moralidad en el debate, y la moralidad en el debate es el fundamento del deber de actuar de buena fe y, en ese mismo sentido, el deber de decir verdad.

Un segundo antecedente, lo encontramos en el artículo 724 del Código de Procedimiento Civil, norma importante en materia de juicio de mínima cuantía. Y un tercer antecedente, lo encontramos en el artículo 349 del mismo cuerpo legal, precepto fundamental de este trabajo, en materia de exhibición de documentos.

Ahora, frente a esto, me parece que el sistema de deberes solo puede tener cabida en un proceso civil basado en el principio de aportación de partes en casos muy calificados, porque los deberes generales, a los cuales me referí precedentemente, deben aplicarse en términos generales, pues son principios inspiradores de un debido proceso, sin embargo, los deberes específicos sólo habría que aplicarlos en situaciones puntuales y justificadas. A mi parecer, una buena solución sobre esto último, se ha utilizado en la doctrina alemana, y que es el criterio del derecho material que se tiene sobre el medio de prueba, o sea, podríamos estimar justificable un deber específico cuando la parte que pide la prueba tiene un derecho material sobre el medio probatorio, por ejemplo, es el dueño del documento, o sea, “el deber de la contraparte consistente en exhibir documentos u objetos para su inspección remite mayoritariamente al derecho material” (Stürmer, 2008: p. 245).

5. LA EXHIBICIÓN DE DOCUMENTOS Y LOS DEBERES PROCESALES

Este trabajo tiene, precisamente por objeto central, el deber de exhibición de documentos que pesa sobre la parte, y como ya he venido adelantando, me parece que efectivamente estamos en presencia de una deber procesal, toda vez que la parte que ha sido conminada a la exhibición debe necesariamente cumplir con ese mandato, bajo la posibilidad de verse expuesto a una sanción, tal como lo indica el artículo 349 de nuestro Código de Procedimiento Civil.

Asimismo, he señalado que en nuestro Ordenamiento Jurídico la solicitud de exhibición de la parte, debe tener, a lo menos, un grado de verosimilitud, porque “de acuerdo al artículo 349 del Código de Procedimiento Civil, para que el tribunal proceda a decretar la exhibición de instrumentos en juicio es fundamental el establecimiento del hecho material, físico, de la existencia del instrumento en poder de la parte a quien se trata de obligar a exhibirlo; y ello debe hacerse previamente, o sea, antes de decretarse la exhibición, la que tampoco se puede disponer si la parte aduce y, en caso necesario,

demuestra, tener justa causa para rehusarla” (Corte de Apelaciones de Santiago, 1957: p. 1).

Por su parte, cabe tener presente que si la parte a quien se le ha solicitado la exhibición de documentos, alega que no los tiene en su poder, en tal caso, estaremos ante un hecho negativo, cuestión que no puede tener lugar, de ahí que “debe ser dejada sin efecto la orden de arresto, dictada contra quien no exhibe determinados instrumentos, de conformidad al inciso 3° del artículo 349 del Código de Procedimiento Civil, si afirma que éstos no se encuentran en su poder; y si el hecho contrario – que sí lo están – no ha sido acreditado por la contraparte” (Corte Suprema, 1981: p. 208).

Cabe precisar, que la existencia o no de un deber, no importa tanto a las consecuencias que de su incumplimiento derivan, sino más bien a la necesidad de obtener una decisión correcta, y por ende justa, en el caso concreto, de ahí que Couture señala que “el litigante conminado a exhibir un documento que, efectivamente, tiene en su poder, no rinde un servicio al adversario, sino a la justicia. Y a ésta se le debe siempre ayuda, porque en su mantenimiento está interesada la comunidad. El que niega el documento, lo rehúsa en contra del bien común. Y esta actitud no merece protección de la ley” (1948a: p. 141-142).

Ahora bien, por otra parte, creo que es importante señalar que no es requisito esencial y necesario de un deber el ir acompañada de una sanción para el evento de su incumplimiento, y en ese sentido es que “un deber no deja de serlo por no tener aparejada una punición impuesta por el Estado, porque en tal caso puede estimarse como un instrumento sugerente cuyo valor es intrínseco, pues no depende de factores ajenos a su efectividad” (Carreta, 2002: p. 112). En otras palabras, podemos decir que si la norma reprocha un determinado comportamiento de la parte, entonces existe el deber de comportarse de otra manera, incluso si no se puede forzar el cumplimiento de ese deber.

Es claro que no se puede imponer a las partes un deber en nombre de conceptos abstractos, me parece que sólo la defensa y la protección de los derechos

fundamentales, propios y ajenos, pueden legitimar la imposición de deberes u obligaciones a cargo del particular, pues el Estado busca la eficacia de los derechos fundamentales, no sólo a través de su propia acción, sino también a partir de la acción de la sociedad.

Asimismo, es fundamental señalar, que la imposición de deberes procesales debe efectuarse con precaución, pues su establecimiento será procedente, en la medida que no se afecten principios fundamentales como es el de igualdad de la partes, y evitar la indefensión, porque, aun cuando me parece necesario implementar herramientas que permitan paliar el problema que se produce cuando una parte no puede probar su caso, porque no cuenta con los elementos probatorios que se lo permitan, y que, a mayor abundamiento, éstos se encuentran en poder de su adversario, lo cual, consecencialmente trae aparejado, que no se logre una adecuada determinación de los hechos de la causa, y por ende una resolución correcta, existen máximas, propias del proceso jurisdiccional, de las cuales no se puede prescindir. “Además, se podrían valorar las calidades y los defectos de los varios sistemas procesales en función de su capacidad de conducir a decisiones justas, o sea -por cuanto aquí interesa- a decisiones basadas en una comprobación verdadera de los hechos: por ejemplo, un proceso en el que existan varias reglas de prueba legales y muchas reglas de exclusión de pruebas relevantes aparecería como singularmente inadecuado para permitir la formulación de decisiones justas, mientras que aparecería más funcional a este objetivo un proceso en el que todas las pruebas relevantes que se asumieran fueran valoradas por el juez según criterios racionalmente válidos” (Taruffo, 2006: p. 11).

Entonces, y como ya le he señalado en el punto anterior, frente a nuestro deber de exhibición, en el derecho comparado encontramos, como por ejemplo en la doctrina alemana, el denominado deber general de esclarecimiento procesal de los hechos del juicio, en este sentido Stürner señala que “el difuso temor frente a la ampliación del deber de esclarecimiento se asienta en un error fundamental: no es en menor medida la extensión de los deberes de esclarecimiento, lo que podría conducir al exceso de escudriñamiento o una investigación más incisiva para obtener información. En

realidad más bien fueron las pocas exigencias en relación a sus requisitos” (2008: p. 252). En otras palabras, para este autor, lo cuestionable no son los deberes de esclarecimiento en sí mismo - su existencia -, sino más bien es el hecho que los estándares de exigencia sean demasiado bajos.

Frente a la opinión de este autor, encontramos a Prütting, para quien no existe ni ha existido en el Ordenamiento Jurídico alemán un deber de esclarecimiento en el sentido que lo plantea Stürner, es por ello que ha señalado que “tanto la jurisprudencia como la doctrina mayoritaria se decantaron en sentido contrario y no precisamente orientado a los efectos de sostener la existencia de los mencionados deberes procesales de esclarecimiento de la parte que no titulariza la carga de la prueba” (2006: p. 61). Asimismo agrega que “no se introdujo ni es posible vislumbrar la existencia de un principio general de esclarecimiento o colaboración de la parte que no titulariza la carga de la prueba. Igualmente no es posible sostener la existencia de deberes procesales de la contraparte o de terceras personas” (2006: p. 61).

Siguiendo en el derecho comparado, podemos citar la situación que se presenta en Estados Unidos, que de alguna manera se sitúa en el polo opuesto a lo que sucede en Alemania. Es así como en aquél país nos encontramos con el denominado “*discovery*”, que es un procedimiento que impone el deber a los contendores de revelar la prueba, ya no es que una de las partes solicite a la otra un grado de verosimilitud para que exhiba un determinado documento, sino que la contraparte tiene el deber de mostrarla. En otras palabras, es el procedimiento a través del cual, en el marco de la búsqueda de pruebas en un juicio, una parte puede exigir a la otra que entregue toda la información y todos los datos pertinentes, que tenga a su disposición, para la resolución de la causa, aunque dichos elementos le sean desfavorables.

Lo anterior puede tener lugar, incluso, en una etapa preliminar al inicio del procedimiento jurisdiccional, que se denomina “*pretrial discovery*”. Sobre esta última institución, podemos decir que “permite que las partes recopilen el material probatorio y determinen los hechos controvertidos como así también los medios de pruebas, sin ninguna participación del tribunal” (Prütting, 2006: p. 65).

Sin embargo, “todo ello se ve aún más fortalecido y catapultado en su significado y en sus efectos, ya que es posible, en relación con el adversario o con terceros en las informaciones, objetos o documentos que de éstos se exijan, que no se requiera ninguna acreditación atinente a la relevancia de la prueba ofrecida en el proceso concreto para que sea incorporada” (Prütting, 2006: p. 65).

Ahora, este mecanismo permite que las partes puedan exigir, entre ellas, la entrega de pruebas o declaraciones mediante las cuales se pretende, en el fondo, eliminar sorpresas y aclarar la causa del proceso, e incluso más, hacer ver a las partes que deben desistirse de su demanda o allanarse. De esta manera, se evita en muchos casos la celebración del juicio, con la consiguiente reducción de la carga de trabajo de los tribunales y los costos que su celebración puede significar para las partes.

Por su parte en nuestro medio, encontramos la opinión de Hunter para quien “el deber de colaboración - cuya manifestación más evidente es la de acompañar al proceso todos los medios de prueba al alcance de la parte - tiene un claro fundamento en el deber de actuar conforme a la buena fe procesal” (2008: p. 156). Ahora, si bien, hablar de la buena fe procesal excede del cometido de este trabajo, no es menos cierta la existencia de un fundamento de orden axiológico, que se basa en lo que se conoce como “moralidad en el debate”, que en pocas palabras significa que el proceso debe tramitarse respetando patrones éticos, lo que entre otras cosas, exige un comportamiento leal de las partes, y un actuar de buena fe de los litigantes. Y en este sentido es que “nada más distante con un comportamiento leal es el esconder, negar o silenciar un medio de prueba que puede ser fundamental para la correcta adjudicación del juicio” (Hunter, 2008: p. 157).

Finalmente, se ha señalado que este deber tendría ciertas limitaciones, las cuales serán expuestas más adelante, por lo mismo por ahora sólo las enunciaré; el viejo adagio latino “*nemo tenetur edere contra se*”, y el derecho de propiedad que existiría sobre los documentos.

6. LA EXHIBICIÓN DE DOCUMENTOS Y LA CARGA DE LA PRUEBA

Uno de los temas que podría salir a colación con motivo de este deber de exhibición, y como ya se enunció precedentemente, es si afecta, y más propiamente, si se produce un desplazamiento de la carga probatoria, cuando aquella parte conminada a la exhibición, allega los documentos a la presencia judicial. Para estos efectos me valdré del siguiente ejemplo: en el evento que la carga de la prueba recaiga sobre el demandado, y el demandado solicite exhibición de documentos, y por ende ésta debe ser efectuada por el demandante, esta situación ¿Significa que se desplazó la carga probatoria?

Para responder a esta pregunta, es preciso recordar que la carga probatoria tiene dos dimensiones, a saber; Regla de juicio, dirigida al juez, y Regla de conducta, dirigida a las partes.

La primera de ellas, también conocida como carga de la prueba material, como dije precedentemente es “una regla de juicio para el juez, en la fase decisoria, y tiene por finalidad resolver el problema de la falta o insuficiencia de prueba de los hechos” (Carrillo, 2009: p. 6).

La segunda, también conocida como carga de la prueba formal, “se manifiesta en el proceso como una regla de conducta para las partes, toda vez que les informa cuáles son los hechos que cada una tiene interés de probar para que la expectativa de lograr una sentencia favorable se haga efectiva” (Carrillo, 2009: p. 17). En este caso, esta faceta de la carga de la prueba se proyecta en el término probatorio.

Preciso es señalar, que la pregunta antes esbozada surge, porque la imposición de este deber de exhibición, implica que la parte que ha sido intimidada a la exhibición, que en el ejemplo reproducido es el actor, tendrá que allegar al proceso documentos que tiene en su poder, pero que en definitiva favorecen a la parte que formula la solicitud de exhibición, y que podría permitirle, por tanto, acreditar su pretensión.

Ahora bien, frente a esta situación, es menester precisar, que lo único que podría verse alterado ante esta situación, es la segunda faceta de la carga probatoria, esto es, como carga de la prueba formal. Sin embargo, la respuesta a esta pregunta, si bien

parece dificultosa, no lo es, puesto que el objeto de la exhibición es que la parte tenga acceso a un documento que dice relación directa con la cuestión debatida, y que le permita acreditar su pretensión, pero eso no significa que la contraparte este probando por ella, sino que solo está suministrando información en cumplimiento de un deber que permite lograr un conocimiento cabal de los hechos, en otras palabras, en ningún momento se está produciendo ni un desplazamiento ni una alteración de nada, pues nadie está probando por la otra parte, ya que el demandante, en el ejemplo, simplemente lo está haciendo en cumplimiento de una orden que ha sido emanada del tribunal que está conociendo del proceso en cuestión.

7. EL PRINCIPIO “*NEMO TENETUR EDERE CONTRA SE*”

Este principio, que consiste, según lo ilustra Couture, en que “nadie puede ser compelido a suministrar pruebas en su contra, beneficiando al adversario” (1948: p. 129), suele verse enfrentado a deberes como es, en este caso, el de exhibir documentos. En este sentido, se señala que nadie puede ser obligado a suministrar las pruebas que favorezcan a su adversario, y que en definitiva, lo más probable es que le permitan acreditar su pretensión, y, en último término, obtener una sentencia favorable.

En este punto, me gustaría señalar que no se debe olvidar un principio como es el de adquisición procesal, porque de existir la máxima “*nemo tenetur edere contra se*”, sólo lo sería respecto de la incorporación de la prueba al proceso, pero no existe una vez incorporada la prueba, pues en virtud del señalado principio, una vez aportado un elemento de prueba a un proceso, dicho elemento deja de pertenecer a la parte y pasa a integrar el conjunto de antecedentes del juicio, de modo tal que el juez a la hora de valorar la prueba, tiene que considerar todos los elementos de prueba acompañados a la causa con independencia de la parte que lo haya aportado, y por ende, esta prueba puede también obrar en beneficio de quien se vio en la necesidad de aportarla.

En otras palabras, “cuando hay prueba, no importa si la trajo el que estaba con el peso de la carga de la prueba sobre sí o la trajo el adversario. El principio de adquisición procesal, considera que todas las pruebas son del proceso y están

destinadas al juez, y el juez puede valerse de ellas; ya sea que los trajo el que debía traerlas o el adversario; o que llegaron producto de la actividad oficiosa y oficial del juez cuando la ley le concede la posibilidad de producir prueba, medidas para mejor proveer, digamos por caso” (Eisner, 1992: p. 68).

No obstante lo anterior, me parece necesario recordar unas palabras de Couture que se pronuncia en este sentido, en orden a que “no rige el precepto “nadie está obligado a ayudar en su contra”, porque el litigante no es requerido para ayudar *a su adversario* sino *a la justicia*; no se le obliga a suicidarse, desde el punto de vista de la estrategia del proceso, sino que se le reclama que ilustre y aclare la información al juez. Y esto no es un beneficio al adversario y un perjuicio para sí mismo, sino una ayuda indispensable a la misión impersonal y superior de la justicia” (1948a: p. 137).

Es por lo señalado precedentemente que, hoy en día, esta máxima ha dejado de tener incidencia en el marco de un proceso, y quien tenga la audacia de hacerlo valer en juicio, probablemente verá frustrada su pretensión, pues me parece que debe prevalecer el interés superior que está detrás de la realización de un proceso, y que implica no ocultar pruebas que permitirían llegar a una solución que sea en términos correctos.

Por otra parte, también se ha señalado que el hecho de que la parte conminada a la exhibición, se encuentre ante un imperativo jurídico imposible de eludir, no sólo entraría en controversia con este principio, sino que además con el adagio “*actori incumbit probatio*” - la prueba le incumbe al actor -, el cual impediría al demandante exigir ayuda a su adversario o a un tercero para llevar a cabo la prueba de sus pretensiones.

Sin embargo, y como ya lo he señalado anteriormente, en muchos casos sucede que una parte al invocar en su provecho un elemento de prueba que no posee y que se encuentra en manos de su adversario, este último al enfrentarse en el pleito, de seguro no desea proveer a su contendor de armas contra sus propios intereses; y sólo el constreñimiento judicial obligará al adversario a proporcionar la prueba deseada. De no intervenir la coacción del juez, el litigante se vería impedido de presentar a los debates

elementos de prueba que, sin esa coacción, simplemente permanecerían ocultos, en detrimento de la justicia.

8. EL DERECHO DE PROPIEDAD SOBRE LOS DOCUMENTOS

Si bien el derecho de propiedad sobre los documentos suele invocarse como fundamento del principio “*nemo tenetur edere contra se*”, lo cierto es que puede ser considerado en forma independiente, esto es, como un motivo que podría invocar la parte conminada a la exhibición para oponerse o rehusarse a ella.

Para adentrarme en el tema, me parece importante determinar qué se entiende por documento, y para estos efectos, sin perjuicio de otras concepciones, seguiré la postura de Carnelutti, para quien documento es toda cosa representativa, es decir, todo objeto que tiene la aptitud de representar un hecho, siendo la representación un equivalente sensible del hecho objeto de prueba.

Siguiendo esta línea, si el documento es una cosa, entonces cabría derecho de propiedad sobre él, derecho que se encuentra reconocido en nuestra Constitución Política de la República en su artículo 19 número 24, y protegido por el recurso de protección. Desde luego, sin olvidar los 3 atributos o facultades fundamentales que se asignan al propietario, esto es, uso, goce y disposición del objeto de su dominio. Y en este sentido Couture señala que: “El dueño exclusivo de un documento no tiene por qué darlo a otros para ningún fin: ni a los jueces mismos. El derecho de propiedad comprende, entre sus atributos, el de impedir a otros el goce de la cosa nuestra” (1948a: p. 137).

Una vez que se ha precisado este punto. Lo que cabe plantear es si la parte podría invocar este derecho de propiedad sobre los documentos como fundamento de su negativa a exhibir documentos.

En este punto importante es destacar, no sólo porque a mi modo de entender nuestro Ordenamiento Jurídico no admite que la parte a quien se le ha ordenado la exhibición pueda rehusarse a ello, sino más bien, porque existen deberes que no es

posible eludir, y con ello me refiero a la lealtad, probidad y buena fe que necesariamente deben existir entre las partes. De ahí que Couture exprese que “Los deberes de lealtad, de probidad, de verdad, dicen que no actúa en una esfera legítima quien teniendo en su poder un documento decisivo lo sustrae a la vista de los jueces, con la sola excusa de que él perjudica su interés privado”, y agrega que “Es en nombre de esos deberes, y aún en ausencia de un texto explícito que los consagre, porque ellos se hallan ínsitos a lo largo de todo el proceso, que debe prestar su colaboración a la demostración de la verdad. La exhibición forma parte de la contribución que como litigante, debe a la obra de la justicia” (1948a: p. 140).

En este sentido, me parece que poco trabajo existe en nuestro medio, pues normalmente se suele hacer una defensa de los derechos consagrados por nuestra Constitución Política de la República, como sería el caso en comento, pues la parte podría invocar la vulneración de su derecho de propiedad. Sin embargo, creo que pocas veces uno se detiene a analizar los grandes principios y deberes que han inspirado nuestro sistema procesal civil, sin los cuales difícilmente se podría llegar a una decisión correcta en el caso concreto, porque si bien el apego a la ley, y en general a las normas jurídicas que imponen conductas, constituye la directiva general y necesaria a cumplir, creo que el hacer revista a los principios básicos contribuiría a un mejor resultado del trabajo judicial.

CONCLUSIONES

1. La dificultad probatoria es, sin duda, uno de los temas acuciantes en la doctrina procesal, toda vez que en múltiples casos, es posible que una de las parte no cuente con los medios de prueba que le permitan acreditar su pretensión, encontrándose éstos en poder de la contraparte sobre quien no pesa la carga probatoria. Lo anterior evidencia que las reglas sobre distribución del *onus probandi* no son suficientes para lograr su cometido, de ahí que surge la necesidad de buscar mecanismos que permitan hacer frente a esta dificultad, de manera que vienen a ser una complemento, mas no hacen desaparecer a las demás herramientas.
2. En nuestro Ordenamiento Jurídico encontramos diversos mecanismos que nos permiten hacer frente a la referida dificultad, como son las cargas procesales, las obligaciones procesales, y también los deberes procesales. Estos últimos, suponen una clase de imperativos jurídicos, cuya aplicación tiene una incidencia mucho más fuerte en el marco del proceso que las obligaciones y cargas, toda vez que su incumplimiento se encuentra bajo la amenaza de una sanción. A parte de esta característica, que es propia de los deberes, cabe señalar que también gozan de otras particularidades, como son que la sanción que lleva aparejada el deber es aplicada por el Estado, asimismo, lo los deberes constituyen una clase de imperativos jurídicos que están establecidos a favor de la comunidad; y finalmente que son titulares de deberes, no solo las partes, sino que también el juez y terceros.
3. Por otra parte, si bien hay quienes han pretendido sostener que la imposición de deberes a las partes implica la conversión o transformación del proceso civil en autoritario, me parece que ello no es así, y que un claro ejemplo lo encontramos en el proceso civil norteamericano, donde en virtud del denominado “*discovery*”, que es un procedimiento que impone el deber a los contendores de revelar la prueba, ya no es que una de las partes solicite a la otra un grado de

verosimilitud para que exhiba un determinado documento, sino una parte pueda exigir a la otra que entregue toda la información y todos los datos pertinentes, que tenga a su disposición, para la resolución de la causa, aunque dichos elementos le sean desfavorables., y la contraparte tiene el deber de mostrarla, e incluso en un etapa preliminar, que se denomina “*pretrial discovery*”.

4. Frente a lo anterior, y teniendo siempre presente que nuestro proceso civil se encuentra basado en el principio de aportación de partes, según el cual la rendición de la prueba le corresponde a las partes litigantes, me parece que en el sistema procesal civil chileno, si encontramos deberes procesales impuestos a las partes, y no por ello se ha de convertir en un sistema autoritario, muestra de ello es el Art. 349 del Código de Procedimiento Civil.
5. Precisamente, en este trabajo concluyo que el precepto citado precedentemente, contiene el deber de exhibición de documentos que recae sobre la parte contra quien se solicita. Ahora, consiste en un deber procesal toda vez que, por un parte, su incumplimiento acarrea la aplicación de sanciones, las cuales están previstas en la misma norma, y por otra parte, porque la existencia de este deber, coadyuva en el cumplimiento de uno de los grandes objetivos del proceso jurisdiccional, cual es la necesidad de obtener una decisión correcta en el caso concreto.

Por otra parte, cabe dejar en claro, que los deberes procesales en general, y el deber de exhibición en particular, vienen a resolver, y en particular a complementar la labor probatoria, en todos aquellos casos en que la parte afectada por la carga de la prueba, no puede acreditar su pretensión, porque no cuenta con los medios probatorios que se lo permitan, y como consecuencia de ello, se impide un adecuado establecimiento judicial de los hechos, como asimismo, se impide una decisión correcta de la causa.

6. Es en razón del objetivo recién planteado, que se ha postulado, en el derecho comparado, la existencia de deberes de esclarecimientos, en sentido amplio, que

propenderían a evitar conductas subrepticias de los litigantes, porque se entiende para algunos - como Stürner -, que la existencia de estos deberes permite el establecimiento adecuado de los hechos, como asimismo que el proceso concluya con una decisión correcta, y para que esto pueda tener lugar se precisa de la colaboración de ambas partes.

7. El problema se presenta en el hecho que en la doctrina comparada, e incluso nacional, hay quienes sostienen que el proceso civil no debiese ser un sistema que imponga deberes a las partes, sino que más bien cargas. Sin embargo, me parece que un sistema de deberes puede tener cabida en un proceso civil, basado en el principio de aportación de partes, en casos muy calificados, porque los deberes generales, como lo sería el deber general de buena fe, entre otros, deben aplicarse en términos generales, pues son principios inspiradores de un debido proceso. Por otra parte, los deberes específicos, sólo habría que aplicarlos en situaciones puntuales y justificadas, pues tienen una mayor incidencia en la actividad probatoria, y la idea es no afectar principios fundamentales, como son el de igualdad de las partes, el contradictorio, y mucho menos dejar a alguna de las partes en indefensión.
8. Ahora bien, y como ya lo he expresado, en nuestro país sí encontramos deberes procesales impuestos a las partes, pero no obstante ello me parece que una buena solución sobre esto último se ha utilizado, por parte de la doctrina alemana, y que consiste en el criterio del derecho material que se tiene sobre el medio de prueba, es decir, podríamos estimar justificable un deber específico, y en el caso en comento el deber de exhibición, cuando la parte que pide la prueba (exhibición), tiene un derecho material sobre el medio probatorio, por ejemplo, es el dueño del documento.
9. Por otra parte, uno de los problemas que se podría suscitar en relación con este deber de exhibición, es si se produce un desplazamiento de la carga de la prueba, lo cual se podría cuestionar, pues puede pensarse que debido a que la

parte que es conminada a la exhibición debe allegar determinados documentos - los que se solicitan -, al proceso, ello implicaría que está probando por la parte que solicita la exhibición, y sobre quien recae el peso de la prueba. Frente a esto, lo primero que cabe asentar es que lo único que podría verse afectada es la carga de la prueba en su dimensión de regla de conducta para las partes. Sin embargo, es dable concluir, por otra parte, que tampoco se produce el mencionado desplazamiento, toda vez que la parte intimada a la exhibición no está probando por la parte que la solicita, sino que solamente está cumpliendo con una orden que ha sido impartida por el tribunal, orden que no puede ser eludida.

10. Dentro de este tema, también nos encontramos con la invocación del principio *nemo tenetur edere contra se*, como limitación al deber de exhibir documentos, toda vez que implicaría que la parte estaría entregando o exhibiendo documentos en favor de su adversario, y que en último término le permitiría lograr acreditar su pretensión. Frente a este antiguo adagio, me parece que no cabe duda que hoy ya no tiene la incidencia que en algún momento pudo tener, pues hoy frente el deber de exhibición, y toda vez que en la solicitud exista un grado de verosimilitud, la parte conminada debe cumplir con ese imperativo jurídico, so pena de las sanciones previstas en el Art. 349 del Código de Procedimiento Civil.

11. Por otra parte, también suele invocarse como limitación, o derechamente como argumento para rehusarse a la exhibición, el derecho de propiedad que existiría sobre los documentos. Sin embargo, cabe señalar que tal fundamento no puede ser invocado, no sólo, porque a mi modo de entender nuestro Ordenamiento Jurídico no admite que la parte a quien se le ha ordenado la exhibición pueda rehusarse a ello, sino más bien, porque existen deberes que no es posible eludir, y con ello me refiero a la lealtad, probidad y buena fe que necesariamente deben existir entre las partes. Asimismo, es posible concluir, que no existe el pretendido derecho de propiedad, pues la parte que tiene un documento y que ha

sido intimada por el juez a la exhibición, tiene el deber de cumplir con esa orden, toda vez que emana del tribunal que está conociendo de la causa.

12. Finalmente, me gustaría dejar consignado que se hizo un análisis de la jurisprudencia de los últimos diez años, en las principales revistas chilenas, como son la Revista de Derecho y Jurisprudencia y la Gaceta Jurídica, y no se encontraron fallos sobre la materia. Frente a ello, me parece que éste no ha sido un tema de mayor debate, ni utilización en nuestra práctica judicial, pero ello no significa que no tenga importancia, por el contrario, da cuenta que es un mecanismo al cual no se le ha tomado el real peso e incidencia que podría tener, durante la actividad probatoria, para la resolución de la *litis*.

No obstante lo anterior, fue posible encontrar dos sentencias; una de ellas dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago en el año 1957, y que se refiere al hecho de que la solicitud de exhibición debe, a lo menos, tener un grado de verosimilitud, cuestión que debe quedar establecida con anterioridad a que se decrete la diligencia. La segunda sentencia, fue dictada por nuestra excelentísima Corte Suprema en el año 1981, en que se hace alusión a la situación que se presenta cuando el intimado a la exhibición alega no contar con los documentos que debe presentar en juicio, y como en tal caso estaríamos frente a un hecho negativo, la jurisprudencia ha dicho que si no se prueba el hecho contrario, esto es, que el documentos si está en poder del litigante conminado, entonces no procede aplicar la sanción (arresto) prevista en el inciso tercero del artículo 349 del Código de Procedimiento Civil.

BIBLIOGRAFÍA

- 1.- Carreta, Francesco (2008): “Deberes Procesales de las partes en el proceso civil chileno: Referencia a la buena fe procesal y al deber de coherencia”, en *Revista de Derecho (Valdivia)* v.21, n°1, pp 101-127.
- 2.- Carrillo, Begoña (2009): *La carga de prueba en materia civil*, Tesis para optar al grado de licenciado en derecho, Universidad de Valparaíso, año 2009.
- 3.- Couture, Eduardo (1948a): “Sobre el precepto nemo tenetur edere contra se”, en *Estudios de derecho procesal civil*, Tomo II, pp. 129-152, Ediar, Soc.Anón., Editores, Buenos Aires.
- 4.- Couture, Eduardo (1948b): “El deber de las partes de decir la verdad”, en *Estudios de derecho procesal civil*”, Tomo III, pp. 235-258, Ediar, Soc.Anón., Editores, Buenos Aires.
- 5.- Couture, Eduardo (1993): *Fundamentos del Derecho procesal civil*, 3ª Edición, Depalma, Buenos Aires.
- 6.- Devis Echandía, Hernando (2002): *Teoría general de la prueba judicial*, Tomo II, 5ª Edición, Editorial Temis S.A, Bogotá, Colombia.
- 7.- Eisner, Isidoro (1992): *La prueba en el proceso civil*, segunda edición, editorial Abeledo – Perrot, Buenos Aires.
- 8.- Fernández López, Mercedes (2006): *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, Ediciones La Ley, Madrid.

9.- Hunter, Iván (2008): “No hay buena fe sin interés: la buena fe procesal y los deberes de veracidad, completitud y colaboración”, en *Revista de Derecho (Valdivia)* v.21, n°2, pp. 151–182.

10.- Meneses, Claudio (2001): *Iniciativa probatoria del juez en el proceso civil*, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, Chile.

11.- Montero, Juan (2007): *La prueba en el proceso civil*, 5ª Edición, Thomson-Civitas, España.

12.- Muñoz Sabaté, Luis (1967): *Técnica probatoria. Estudio sobre las dificultades de la prueba en el proceso*, Editorial Praxis, Barcelona.

13.- Prütting Hans (2006): “Presentación de documentos y dirección del proceso”, en Pérez Ragone, Álvaro, y Juan Carlos Ortiz Pradillo, *Código procesal civil alemán [ZPO]*. Traducción con un estudio introductorio al proceso civil alemán contemporáneo, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, pp. 59-67.

14.- Stürner, Rolf (2008): “La obtención de información probatoria en el proceso civil”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N°30, pp. 234-262.

15.- Taruffo, Michele (2006): “Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa”, en *Revista Ius et Praxis*, vol. 12, n° 2. Disponible en http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122006000200005&script=sci_arttext.

Fecha de última consulta: 12 de Octubre.

JURISPRUDENCIA

- 1.- Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago (1957): Recurso de apelación, Ruiz Armando con Mena Carlos, en Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LIV, sección II, pp. 1-3.
- 2.- Sentencia de la Corte Suprema (1981): Recurso de amparo, Schiappacasse Eduardo, en Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LXXVIII, Sección IV, pp. 208.