



UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

**“La iniciativa probatoria del juez en el Anteproyecto de
Código Procesal Civil”**

**MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES**

ALUMNA:

Daniela Urquieta Cárdenas

PROFESOR PATROCINANTE:

Andrés Bordalí Salamanca

Valdivia, diciembre 2007

**Señor
Director
Instituto de Derecho Público
Presente.-**

Por medio de la presente nota paso a informar la memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de **Dña. DANIELA URQUIETA CÁRDENAS**, titulada "La iniciativa probatoria del juez en el Anteproyecto de Código Procesal Civil".

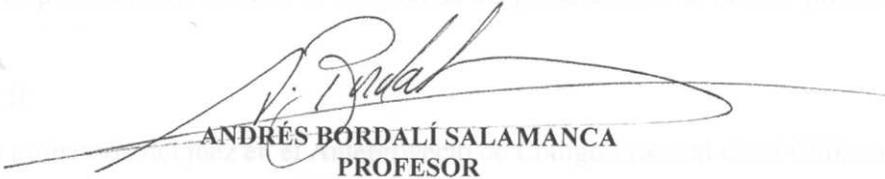
El trabajo de la tesista parte de un problema jurídico concreto, que se refiere a determinar si la atribución legal que le permite al juez aportar medios probatorios afecta o no el derecho fundamental de los justiciables a un debido proceso y a los principios fundamentales del proceso civil, como lo son el dispositivo y el de aportación de parte. El objeto de estudio comprende tanto un análisis general como su configuración específica en el Anteproyecto de Código Procesal Civil.

El lenguaje utilizado es adecuado. En cuanto a la bibliografía utilizada, ésta es completa y actualizada, y se encuentra bien citada.

Comentando el fondo del trabajo, señalaré la pertinencia del problema tratado y la plausibilidad de las hipótesis propuestas por la estudiante. El tema analizado por ella es quizá uno de los más debatidos por la dogmática procesal contemporánea, y abarca más allá de aspectos meramente técnicos, una especial dimensión ideológica del proceso. En efecto, el tema de los poderes probatorios del juez replantea el papel de la jurisdicción como potestad pública independiente e imparcial en la solución de las disputas entre los ciudadanos así como la función que en un Estado de Derecho contemporáneo debe desarrollar la jurisdicción.

La tesista concluye en su trabajo de tesis que la atribución de poderes probatorios al juez no afecta *per se* a su condición de tercero imparcial ni el derecho de defensa de las partes, así como no afecta a los principios dispositivo y de aportación de parte. Sin embargo, deja en evidencia la poca claridad que sobre la materia tiene el Anteproyecto de Código Procesal Civil. En este sentido, expresa la tesista que no existe precisión en el referido texto si el juez cuenta con poderes probatorios, debido a que hay normas que confieren tales poderes y otras que lo niegan expresamente. Por otro lado, si se llega a concluir que el juez tiene poderes probatorios, tampoco se sabe con exactitud en qué momento procesal deben ser ejercidos. Destaca en esta parte la tesis como un análisis crítico que puede contribuir a mejorar la técnica legislativa del Anteproyecto.

De conformidad con lo expresado, informo la presente memoria "Autorizada para empaste" con nota 6.5 (seis coma cinco).



ANDRÉS BORDALÍ SALAMANCA
PROFESOR
DERECHO PROCESAL

Índice

INTRODUCCIÓN.....	2
CAPÍTULO I	
La aportación de prueba por el juez en el proceso civil: status questionis	
1.-Iniciativa probatoria de oficio y los principios dispositivo y de aportación de parte....	4
2.-Iniciativa probatoria de oficio y el derecho de los justiciables a un debido proceso ..	18
CAPÍTULO II	
La iniciativa probatoria del juez en el Anteproyecto de Código Procesal Civil Chileno	
1.- Facultades probatorias conferidas al juez civil	27
2.- Facultades probatorias oficiosas en relación a los principios dispositivos y de aportación de parte.....	35
3.- Facultades probatorias oficiosas y el derecho a un debido proceso.....	37
CONCLUSIONES.....	42
BIBLIOGRAFÍA.....	45

Introducción

La presente tesis se titula: “La iniciativa probatoria del juez en el Anteproyecto de Código Procesal Civil Chileno”, y tiene por finalidad abordar el problema que se presenta al atribuir facultades oficiosas en materia probatoria al juez civil, ya que, por un lado, podría cuestionarse si dichas facultades vulneran o no el principio de aportación de parte, según el cual son las partes las que tienen a su cargo la aportación de los hechos que configuran el objeto litigioso, así como la carga de aportar los medios probatorios. En el mismo sentido, es cuestionable si con esos poderes probatorios oficiosos el juez continúa siendo imparcial y si se respeta en su integridad el derecho de defensa de las partes.

Frente a este tema, la doctrina, tanto nacional como extranjera, se encuentra bastante dividida. Hay quienes están de acuerdo con otorgar iniciativa probatoria al juez civil con el fin de aclarar las pruebas rendidas por las partes y que sean necesarias para la acertada resolución del conflicto, lo cual se condice con una concepción del juez como director del proceso. Sin embargo, este sector doctrinal señala que dicha iniciativa probatoria debiera estar lo suficientemente delimitada como para no caer en los extremos de crear la figura de un juez autoritario.

Por otro lado, otro sector de la doctrina niega el otorgamiento de facultades en materia probatoria a los jueces, argumentando fundamentalmente que la proposición de las pruebas en el proceso civil corresponde únicamente a las partes, lo cual resulta acorde con los principios dispositivo y de aportación de parte, que rigen el proceso civil. Además, la atribución de estas facultades a los jueces arriesga la debida imparcialidad del juzgador y constituye una clara desconfianza en los profesionales que asumen la defensa de las partes, así como una vulneración al derecho de defensa de dichas partes. Finalmente, señalan que nadie mejor que las partes pueden conocer los medios de prueba tendientes a acreditar los hechos que ellos mismos han aportado al proceso.

Frente a este problema y las diversas opiniones que se han dado al respecto, mi hipótesis consiste en establecer que la iniciativa probatoria del juez que prevé el Anteproyecto de Código Procesal Civil no trastoca de manera alguna el principio de aportación de parte, ya que sólo implica un complemento a la actividad probatoria de las

partes y en ningún caso viene a suplantarla. Por otro lado, tampoco vulnera el derecho a un tribunal independiente e imparcial ni el derecho de defensa de las partes.

En este contexto, lo que pretendo es analizar qué facultades, en materia probatoria, le son entregadas al juez en el Anteproyecto de Código Procesal Civil, para así determinar si dichas facultades vulneran o no el principio de aportación de parte, el derecho a un tribunal imparcial, así como el derecho de defensa de las partes.

Para la elaboración del presente trabajo realizaré un análisis de lo que ha dicho la doctrina nacional y comparada respecto de los conceptos básicos para entender el problema de investigación, tales como: iniciativa probatoria de oficio, principios dispositivo y de aportación de parte, derecho a un tribunal imparcial y derecho de defensa. Además, realizaré un análisis del articulado del Anteproyecto de Código Procesal Civil, para así determinar qué facultades oficiosas le son otorgadas al juez civil, cuales son sus alcances y si dichas facultades colisionan o no con el denominado principio de aportación de parte, por un lado, y por otro, si resultan coherentes con el respeto al derecho a un tribunal imparcial y el derecho de defensa de las partes.

En el primer capítulo, desarrollaré el estado actual del tema, tanto en la doctrina nacional como comparada, es decir, haré un análisis de lo que se ha discutido respecto a la iniciativa probatoria de oficio y su relación con los principios dispositivo y de aportación de parte, y con el derecho de los justiciables a un debido proceso, específicamente el derecho a un juez imparcial y el derecho de defensa.

En el capítulo segundo, expondré las facultades probatorias que se conceden al juez civil en el Anteproyecto de Código Procesal Civil Chileno, para así determinar de qué manera se relacionan con los principios dispositivo y de aportación de parte, y con los derechos a un juez imparcial y de defensa.

Finalmente, daré a conocer las conclusiones a que arribe luego de la realización del presente trabajo de investigación.

CAPÍTULO I: La aportación de prueba por el juez en el proceso civil: status questionis

1.-Iniciativa probatoria de oficio y los principios dispositivo y de aportación de parte

En sus inicios, el sistema Procesal Civil encuentra su apoyo ideológico en la concepción liberal de la sociedad, que se manifiesta principalmente en el aspecto económico, en la distinción entre intereses públicos e intereses privados. En el proceso civil el interés que la parte solicita que le sea protegido o tutelado por el órgano jurisdiccional es privado, siendo preponderante en él la autonomía de la voluntad. El titular de ese interés es el individuo, no la sociedad y, por tanto, se trata de un derecho o interés disponible. La distinción entre el derecho público y el derecho privado es fundamental y también el que el proceso civil es un instrumento destinado a la satisfacción o tutela de intereses privados¹.

Así, esta concepción liberal del proceso civil, propia del siglo XIX, se basaba, primero, en la naturaleza privada de los intereses en juego y, después, en la garantía de un juez tercero e imparcial, todo lo cual debía llevar a que las partes fueran las dueñas del proceso, de modo que:

- La concepción liberal de la economía, sustentada en la libertad de empresa en un mercado libre y en el derecho de propiedad, suponía que el proceso civil se asentaba en el llamado “principio de oportunidad”, por cuanto lo determinante para la iniciación del proceso era la voluntad del ciudadano, el cual decidía, atendiendo a razones de oportunidad o conveniencia, el acudir o no al proceso para impetrar la tutela jurisdiccional de su derecho. No se hablaba en este aspecto de reparto de facultades entre el juez y las partes, pues las partes tenían todas las facultades, careciendo el juez de ellas; estamos ante el brocardo *ne procedat iudex ex officio*, con referencia al inicio del proceso. Desde aquí se llegaba a la consecuencia del principio dispositivo en su sentido estricto, conforme al cual no se trataba ya de que sólo las partes podían iniciar el proceso, sino de que sólo el actor podía determinar el objeto del mismo, es decir, la pretensión, con referencia tanto a lo que pide como a la causa de pedir, y de que sólo el demandado podía ampliar el objeto del debate, es decir, la resistencia, en atención a las causas de oposición a la pretensión, sin que

¹ Vid. MONTERO AROCA, JUAN, *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los poderes del juez y la oralidad*, p.60; WACH, ADOLF, *Conferencias sobre la Ordenanza Procesal Civil Alemana*, p.67.

el juez pudiera determinar ni la pretensión ni la resistencia. Consecuencia de la oportunidad es también la exigencia de congruencia de la sentencia, esto es, la imposición al juez de la necesidad de pronunciarse sobre todo lo pedido y lo debatido, pero únicamente sobre ello, de modo que no cabía ni una falta de pronunciamiento, ni un exceso en el mismo. Se está aquí ante el brocardo *ne eat iudex ultra petita partium*.

- Por otro lado, la concepción liberal del proceso llevaba a excluir al juez de las facultades materiales en el desarrollo del mismo, este era el sentido del brocardo *iudex iudicare debet secundum allegata probata partibus*. La finalidad perseguida era conseguir un juez tercero e imparcial como garantía para las partes de que se iba a realizar un verdadero proceso, esto es, un sistema de solución de las controversias basado en la existencia de dos partes parciales y de un tercero imparcial.

En consecuencia, el juez no podía aportar hechos al proceso; no podía practicar pruebas no propuestas por las partes, las cuales tenían el monopolio de la iniciativa probatoria; y, una vez iniciado el proceso, determinado su objeto por las partes y aclarado que son éstas las únicas que aportan los hechos y tienen la iniciativa probatoria, la desconfianza de la concepción liberal en el Estado y en la actuación de sus órganos, incluidos los jurisdiccionales, determinaba cómo se realizaba el proceso, quién lo dirigía².

Frente a la idea de que el proceso es mera “cosa de partes”, a lo largo del siglo XX se fue haciendo referencia a la llamada ideología publicista, nacida con Franz Klein y la Ordenanza Procesal Civil Austriaca de 1895, propagada durante el curso de la centuria pasada en gran medida gracias a la extensión del fenómeno conocido como la “socialización del proceso civil”³. Esta Ordenanza surge luego de más de cien años de vigencia del Reglamento Josefino. En este contexto, al emperador Francisco José I de

² Vid. en este sentido: MONTERO AROCA, JUAN, “El proceso civil llamado ‘social’ como instrumento de ‘justicia’ autoritaria”, en MONTERO AROCA, JUAN (coordinador), *Proceso Civil e Ideología: Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*, pp. 141-143. Del mismo autor puede verse además: “Sobre el mito autoritario de la ‘buena fe procesal’”, ob.cit., pp.304-307; CAPPELLETTI, MAURO, *El Proceso Civil en el Derecho Comparado*, pp. 55-57.

³ Vid. en este sentido: PICÓ I JUNOY, JOAN, “El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: Un debate mal planteado”, en Montero Aroca, Juan (coordinador), *Proceso civil e ideología: Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*, p.121; CAROCCA PÉREZ, ALEX, *Manual de Derecho Procesal*, pp. 65-66; BORDALÍ, ANDRÉS, “Los poderes del Juez Civil”, en *Pensando en una nueva Justicia Civil* (en prensa), p.2; PALOMO VÉLEZ, DIEGO, “Proceso Civil oral: ¿Qué modelo de juez requiere?”, en *Revista de derecho Universidad Austral de Chile*, vol.18, n° 1, p.183; entre otros.

Austria se le hizo imperioso enfrentar a las minorías del país y a las fuerzas liberales que socavaban la autoridad imperial, para eso decidió endurecer aún más el control sobre las masas, primero con el ejército y, luego, con los jueces. Con este fin, solicita a su entonces ministro de justicia, Franz Klein, la redacción de la mencionada Ordenanza Procesal Civil. Las ideas de este ministro giraban en torno a los males que se adjudicaban al proceso de la época: se decía que era un absurdo mal que conllevaba enorme pérdida de tiempo, inútil dispendio de dinero, infructuosa indisponibilidad de los bienes litigiosos y fomento de iras y pasiones encontradas entre los propios litigantes, para paliar ello, había que lograr un proceso con muy rápida, simple y poco costosa definición, tramitado en lo posible oralmente en única audiencia. A este efecto, era menester quitar a los interesados -las partes- la responsabilidad de que el método funcionara y, así, el propio Estado comenzó a ser el único o principal encargado del impulso procesal⁴.

Esta idea significa que el Proceso Civil, aún siendo un instrumento dirigido a la tutela de derechos (normalmente) privados, representa, sin embargo, al mismo tiempo, también una función pública del Estado. Tratándose de una función pública- al igual que las funciones legislativas y administrativas- hay que considerar que el Estado mismo, y no solamente las partes privadas, está interesado en un ordenado y rápido ejercicio de aquella función; en suma, en realizar e imponer el mejor posible entre los modos de llevar a cabo aquella función. La consecuencia práctica más evidente de esta idea es la siguiente: que las partes, aun siendo libres de disponer de los derechos sustanciales deducidos en juicio, o sea del objeto del proceso, no son libres, sin embargo (o, por lo menos, no son completamente libres) de disponer a su gusto también del proceso mismo, o sea del instrumento procesal. En otras palabras, las mismas no son libres de determinar a su gusto el modo cómo el proceso debe desenvolverse⁵.

Monteleone sintetiza esta idea señalando que la concepción publicística del proceso civil es aquella que somete a las partes y sus derechos sustanciales y procesales a la

⁴ Vid. en este sentido: ALVARADO VELLOSO, ADOLFO, “Principios ideológicos que deben sustentar un nuevo Código de Procedimiento Civil. Análisis crítico de los Códigos Procesales de Latinoamérica”, en Seminario sobre Reforma Procesal Civil, Universidad Andrés Bello, <http://www.unab.cl/fcj/temp/alvarado.htm> (consulta: 10 agosto de 2007); MONTERO AROCA, JUAN, ob.cit., pp.67-68; MONTERO AROCA, JUAN, ob. cit., pp. 67-68.

⁵ Vid. en este sentido: CAPPELLETTI, MAURO, ob.cit., pp. 53-54; CAROCCA PÉREZ, ALEX, ob.cit., pp. 65-66; PICÓ I JUNOY, JOAN, “El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: Un debate mal planteado”, ob.cit., p.121.

preeminencia del Estado y, por tanto, a la supremacía del juez, que el poder y la autoridad del Estado debería ser llamado a expresarse en el ejercicio de la jurisdicción civil⁶.

Actualmente, la mayoría de las legislaciones procesales civiles recogen esta idea socializadora del proceso y atribuyen al juez poderes para conducir rápidamente el proceso y ciertas iniciativas procesales en materia probatoria⁷.

Para comprender de mejor forma en qué consiste esta iniciativa probatoria que se otorga al juez civil, precisaremos ciertos conceptos fundamentales. En primer lugar, cabe precisar qué es lo que ha entendido la doctrina por “prueba”. En síntesis, se ha dicho que es la actividad procesal desarrollada por las partes, mediante la cual se pretende o persigue que el juez adquiera el convencimiento sobre la verdad o certeza de una afirmación fáctica⁸. Una vez establecido qué es lo que entendemos por “prueba”, cabe aclarar en qué momentos del proceso se desenvuelve la labor probatoria. Al respecto, Devis Echandía ha dicho que la labor probatoria se desenvuelve a través de cuatro grandes momentos: la proposición o aportación de la prueba (en el que se ofrece el o los medios de prueba); la admisión (en el que se determina la idoneidad del o los medios propuestos, para la prueba que se rinde en el proceso); la ejecución o producción (en el que el o los medios son practicados efectivamente en la causa); y la valoración (fase final, en la que se determina el mérito de la prueba rendida en el juicio). La iniciativa probatoria la relacionamos específicamente con el primero de los momentos, es decir, con la proposición o aportación de los medios de prueba⁹.

En segundo lugar, cabe precisar qué se entiende por “iniciativa”, concepto que se define como: “el derecho de hacer una propuesta” y como el “acto de ejercer tal derecho”¹⁰. En este caso, se trata del derecho de las partes o de la potestad del juez, para

⁶ Cfr. MONTELEONE, GIROLAMO, “El actual debate sobre las ‘orientaciones publicísticas’ del proceso civil”, en *Proceso civil e ideología: Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*, p. 173.

⁷ Vid. en este sentido: PICÓ I JUNOY, JOAN, “El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: Un debate mal planteado”, ob. Cit., p. 110; BORDALÍ, ANDRÉS, “Los poderes del Juez Civil”, ob.cit., p.7; TARUFFO, MICHELE, “Investigación judicial y producción de prueba por las partes”, en *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile*, vol XV, <http://mingaonline.uach.cl/scielo> (consulta: 29 mayo 2007)

⁸ Vid. en este sentido: CARNELUTTI, FRANCESCO, *Cómo se hace un Proceso*, p.68; CHIOVENDA, JOSÉ, *Principios de Derecho Procesal Civil*, p. 296; BENTHAM, JEREMÍAS, *Tratado de las Pruebas Judiciales*, p. 15; COUTURE, EDUARDO, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, p.217; DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO, *Teoría General de la Prueba Judicial*. Tomo I, p.29; OVALLE FAVELA, JOSÉ, *Teoría General del Proceso*, p.306.

⁹ Cfr. DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO, ob.cit., p.276.

¹⁰ Diccionario RAE, www.rae.com (consulta: 29 mayo 2007).

proponer prueba, así como el acto de ejercer tal derecho o potestad. Entonces, se dirá que la iniciativa es de las partes, cuando sean ellas quienes tienen el derecho de proponer pruebas, y se dirá que la iniciativa es del juez cuando éste tenga una potestad que le permita ordenar la práctica de pruebas, con determinados fines¹¹.

Así pues, la iniciativa probatoria del juez puede definirse como: aquella potestad, con sus diversas variantes, que el ordenamiento entrega al magistrado para ordenar o aportar pruebas al proceso¹².

Desde la perspectiva histórica puede observarse que la iniciativa del juez se encuentra presente desde antiguo en la tradición procesal hispana, lo que permite encontrar un fundamento histórico, tomando en cuenta que nuestra legislación procesal, al igual que la de casi todos los países Latinoamericanos, tiene sus raíces en el derecho hispano. En primer término, tenemos que el propio texto de las Partidas (siglo XIII), así como las interpretaciones de sus comentaristas, entregaban al juez civil importantes potestades probatorias, en términos bastante amplios. En este sentido, la Partida Tercera, Ley 11, Título IV, encomienda a los jueces saber la verdad “por cuantas maneras pudiesen”. Mientras que la Partida Tercera, Ley 1, Título X, se refiere a lo que hoy conocemos como “interrogatorio de las partes”, permitiendo que éste sea decretado en “cualquier tiempo”. Con justa razón se ha dicho, sobre la base de éstos y otros textos, que la normativa de las Partidas consideraba al juez como un director procesal, y que, en cuanto a las pruebas, se le entregaba una decisiva intervención no sólo a través de lo que luego se llamarían medidas o autos para mejor resolver, sino por medio de una permanente iniciativa probatoria¹³.

Establecido ya qué entendemos por iniciativa probatoria del juez en el proceso, cabe ahora analizar de qué modo se relaciona ésta con los principios dispositivo y de aportación de parte, para lo cual es preciso, en primer lugar, aclarar su sentido, alcance y a qué aspectos del proceso del proceso se extiende cada uno de los mencionados principios.

Hay cierta doctrina que no distingue estos dos principios, es decir, no plantea diferencias entre ambos. Esta posición entiende que el principio de aportación de parte está

¹¹ Cfr. MENESES PACHECO, CLAUDIO, *Iniciativa probatoria del juez en el Proceso Civil*, p.12.

¹² *Ibidem*, p.33.

¹³ *Vid. Ibidem*, pp.48-49.

contenido dentro de la definición del principio dispositivo. Es así como conciben al principio dispositivo como aquél en virtud del cual corresponde a las partes toda la tarea de iniciación, determinación del contenido y objeto e impulsión del proceso y de aportación de las pruebas¹⁴. Incluso, Couture lo hace extensivo a la legitimación para recurrir (*tantum devolutum quantum appellatum*: sólo puede ser revisado lo apelado), así como a los efectos de la cosa juzgada¹⁵.

Sin embargo, fue la doctrina alemana de principios del siglo XIX la que aclaró la confusión existente en relación con estos principios, limitando el concepto de principio dispositivo (*dispositionprinzip*) al dominio por los litigantes del interés privado, y el de aportación de parte (*verhandlungsmaxime*) a la introducción y prueba de los hechos en el proceso¹⁶. Por su parte, Carocca ha señalado que estos principios responden a dos interrogantes diversas: El principio dispositivo responde a la interrogante “quién inicia el proceso”; mientras que el principio de aportación de parte responde la pregunta acerca de “quién debe producir la prueba”¹⁷.

Respecto al principio dispositivo, Gimeno Sendra señala que se trata de “un poder de disposición sobre el ejercicio de la acción y el objeto del proceso”¹⁸. Por su parte, Carocca señala que consiste en la disponibilidad que los litigantes tienen sobre el interés privado y sobre la conveniencia o no de acudir al órgano jurisdiccional pretendiendo su satisfacción¹⁹.

Se estima que el principio dispositivo posee las siguientes manifestaciones o notas esenciales²⁰:

¹⁴ Vid. DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO, ob.cit., p.78; CHIOVENDA, JOSÉ, ob.cit., p.192; COUTURE, EDUARDO, ob.cit., pp.187-188.

¹⁵ Cfr. COUTURE, EDUARDO, ob.cit., p.188.

¹⁶ PICÓ I JUNOY, JOAN, “La iniciativa probatoria del juez civil y sus límites”, en *Revista del Poder Judicial*, nº 51, III, 1998, p. 271.

¹⁷ Cfr. CAROCCA PÉREZ, ALEX, ob.cit., p.25.

¹⁸ Cfr. GIMENO SENDRA, *Fundamentos del Derecho Procesal*, p.187.

¹⁹ Cfr. CAROCCA PÉREZ, ALEX, ob.cit., p.26.

²⁰ Vid. en este sentido: GIMENO SENDRA, ob.cit. pp.187-188; DE LA OLIVA SANTOS, ANDRÉS; DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, IGNACIO; VEGAS TORRES, JAIME, *Derecho procesal. Introducción*, pp.66-68; CAPPELLETTI, MAURO, ob.cit., pp.36-47; BORDALÍ, ANDRÉS, “Los poderes del Juez Civil”, ob.cit. p.10; OVALLE FAVELA, JOSÉ, ob.cit., pp.53-54.

1) Poder de disposición sobre el derecho material: si los derechos o intereses jurídicos que se pueden discutir en el proceso civil son del dominio absoluto de los particulares, a nadie se le puede constreñir a pedir la tutela de éstos ante los tribunales.

Consecuencia de esta disponibilidad del derecho subjetivo subyacente en el proceso es que *ne procedat iudex ex officio*, es decir, el tribunal no puede por sí mismo entablar un proceso entre las partes.

2) Poder de determinación del objeto del proceso: son las partes las que fijarán, mediante sus alegaciones, qué es lo que piden y por qué razones o argumentos formulan estas peticiones.

3) Poder de disposición sobre la pretensión: pero este poder de disposición de las partes no se limita exclusivamente al ejercicio de la acción, a la instauración del proceso, sino que también pueden disponer del proceso mismo a través de una serie de actos que, con fuerza de cosa juzgada (allanamiento, renuncia y transacción) o sin ella (desistimiento, caducidad), producen la terminación anormal, antes de la sentencia definitiva, del proceso.

4) Vinculación del tribunal por las pretensiones de las partes: “*ne eat ultra petita partium*” es otro de los aforismos que configuran el principio dispositivo. Con base en el mismo, el tribunal no puede, en su decisión final, otorgar más de lo solicitado por el actor, más de lo resistido por el demandado, otorgar cosa distinta de lo pedido por ambos o en un recurso gravar más de lo que ya estaba el recurrente (imposibilidad de *reformatio in peius*). Al tribunal tan sólo se le está autorizado a decidir sobre la pretensión y resistencia o en una apelación sobre la petición del apelante (exigencia de “congruencia” de la sentencia).

En nuestro país, este principio encuentra amplia acogida, y su fundamento hay que encontrarlo en una serie de disposiciones constitucionales, legales y principios generales del derecho:

- En el generoso reconocimiento constitucional que se hace del derecho de propiedad privada en nuestra Carta Fundamental (Art. 19 n° 24), y de otros derechos anexos a este último, tales como el derecho al desarrollo de cualquier actividad económica (Art. 19 n° 21) y el derecho a adquirir el dominio de toda clase de bienes, corporales e incorporales (Art. 19 n° 23)²¹.
- Del mismo modo, encuentra sustento en el mandato del art. 1° inciso 3° de nuestra Constitución, que consagra la autonomía de los grupos intermedios frente al

²¹ Vid. CAROCCA PÉREZ, ALEX, ob.cit., p.26.

Estado, así como el art.1º de la misma en relación con la garantía del art. 19 n° 7, que consagran la libertad de las personas²²

- También encuentra sustento en una de las bases fundamentales de nuestra administración de justicia: el principio de pasividad de los tribunales, consagrado en el inciso 1º del artículo 10 del Código Orgánico de Tribunales, que señala: “Los tribunales no podrán ejercer su ministerio sino a petición de parte, salvo los casos en que la ley los faculte para proceder de oficio”²³.
- Por otro lado, aparece como expresión de otros principios que, a pesar de ser propios del Derecho Civil, tienen aplicación general en la legislación procesal civil, tales como: el principio de autonomía de la voluntad y de la libertad contractual²⁴.

Corresponde ahora establecer qué se entiende por principio de aportación de parte. Se lo ha definido como aquel principio en virtud del cual corresponde a los sujetos procesales la iniciativa de ofrecer y rendir la prueba dentro del proceso, de conformidad con las pretensiones que se hubiesen hecho valer²⁵. También se ha señalado que el principio de aportación de parte es la máxima que regula la prueba en juicio. Los alemanes la han llamado *Verhandlungsmaxime*, que literalmente se traduce como máxima del debate²⁶.

De esta manera, el punto de contacto con el principio dispositivo radica en que este último determina que sean las partes las que deban introducir los elementos fácticos esenciales integradores de la causa de pedir, ya que junto al *petitum* constituyen el objeto del proceso; mientras que el principio de aportación de parte establece que son los litigantes los que deben realizar la actividad probatoria para probar esas alegaciones²⁷.

Si bien, por regla general y casi sin excepciones, los procedimientos regidos por el principio dispositivo lo estarán también por el principio de aportación de parte, no se les puede hacer sinónimos o necesariamente correlativos, como ocurrió durante mucho tiempo

²² Vid. MENESES PACHECO, CLAUDIO, ob.cit. p.52.

²³ Vid. SALAS VIVALDI, JULIO, “Facultades del juez en el Proceso Civil para mantener la corrección del procedimiento”, en *Estudios de Derecho Procesal*, pp.195-196.

²⁴ Loc. Cit.

²⁵ Vid. MATURANA MIQUEL, CRISTIAN, “Los principios que deben regir un nuevo Proceso Civil en Chile”, en *Boletín jurídico del ministerio de justicia: Hacia una nueva justicia civil*, n° 7, p.15.

²⁶ Vid. MENESES PACHECO, CLAUDIO, ob.cit., p.27.

²⁷ Vid. CAROCCA PÉREZ, ALEX, ob.cit., p.32.

en la generalidad de las doctrinas italiana, española y latinoamericana, ya que sus fundamentos son totalmente distintos. En efecto, el principio de aportación de parte, a diferencia del principio dispositivo, no deriva del carácter privado de los intereses discutidos, sino que se refiere a la conformación del proceso y no a la disposición de su objeto²⁸.

Se ha señalado por cierta doctrina que el principio de aportación de parte en materia probatoria, tiene un carácter meramente técnico, que responde a un particular modo de concebir el desarrollo del proceso jurisdiccional, en el que la iniciativa de los jueces y tribunales se constriñe a la voluntad de las partes. En suma, se trataría de un principio técnico-procesal²⁹.

Su justificación se encuentra en el llamado “modelo dialéctico de la prueba”, que no es otra cosa que la idea de que son las partes las que están mejor capacitadas para llevar a cabo las labores probatorias, al ser ellas quienes están más interesadas y tienen mejor acceso a los medios³⁰.

Pero lo que tal vez constituye el principal fundamento del principio de aportación de parte, es la imparcialidad del juez, 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. Como el derecho procesal requiere de la presencia de imparcialidad, se dice entonces que la gestión probatoria debe quedar en manos de las partes, evitando que el juez se involucre y con ello destruya la imparcialidad³¹.

Este punto será retomado más adelante, pero desde ya hay que tener presente que la vigencia del principio de aportación de parte tiene su gran punto de apoyo en el respeto de la imparcialidad, la que, además, en nuestro ordenamiento tiene consagración constitucional.

²⁸ *Ibíd.*, p. 32.

²⁹ Vid. PICÓ I JUNOY, JOAN, “El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: Un debate mal planteado”, *ob.cit.*, p.122.

³⁰ Vid. MENESES PACHECO, CLAUDIO, *ob.cit.*, p.28

³¹ *Loc. Cit.*

Ya delimitados los principios en cuestión, corresponde ahora analizar un tema bastante debatido en la doctrina contemporánea, tanto nacional como extranjera, el cual consiste en determinar si el otorgamiento de iniciativa probatoria al juez en el proceso civil vulnera o no estos principios procesales.

Hay una serie de autores que postulan el otorgamiento de facultades probatorias oficiosas al juez civil³², esto con el fin de aclarar o complementar las pruebas rendidas por las partes y siempre que sea necesario para la acertada resolución del conflicto, lo cual se condice con el rol que debiera tener el órgano jurisdiccional, es decir, un rol de protagonista y director del proceso. Señalan, además, que la iniciativa probatoria no vulnera de modo alguno ni el principio dispositivo, ni el principio de aportación de parte.

Al respecto, cabe recordar que ya dejamos en claro la distinción entre ambos principios, por lo que, partiendo de esta premisa, los autores concluyen que la iniciativa probatoria del juez en nada puede afectar al principio dispositivo, pues ésta queda excluida del contenido y alcance del mismo. Frente a esto, el profesor Silva Prado, ha señalado que “...por la vía probatoria oficiosa jamás el juez podrá apartarse del objeto de las pretensiones, ni violentar el principio de congruencia. El *petitum* y, por ende, el objeto del proceso civil, lo fijan en forma exclusiva y excluyente las partes, pero el juez, en la comprobación de los hechos aducidos, puede ejercer sus atribuciones para decidir si da o no lugar a tales pretensiones, jamás para sobrepasar en cualidad o cantidad lo solicitado. En esa medida, se respetan los principios dispositivo y de aportación de parte, y se les concilia con los deberes públicos del juzgador”³³.

³² Vid. en este sentido: TARUFFO, MICHELE, “Investigación judicial y producción de prueba por las partes”, en *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile*, vol XV, <http://mingaonline.uach.cl/scielo> (consulta: 29 mayo 2007); PICÓ I JUNOY, JOAN, “El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: Un debate mal planteado”, ob.cit., pp.110-111, 120-125; GIMENO SENDRA, ob.cit., p. 208; DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO, ob.cit., pp.81-82; VERDE, GIOVANNI, “Las ideologías del proceso en un reciente ensayo”, en *Proceso Civil e Ideología: Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*, p.72; ARAZI, ROLAND, “Límites a la verificación de la verdad material o histórica”, en AAVV: *Debido proceso*, p.294; BORDALÍ, ANDRÉS, “El debido proceso civil”, en FERRADA BORQUEZ (coordinador), *La constitucionalización del derecho chileno*, p.275. Del mismo autor: “Los poderes del juez civil”, ob.cit., pp.10-11; MENESES PACHECO, CLAUDIO, ob.cit.,p.33; SALAS VIVALDI, JULIO, ob.cit., p.155; SILVA PRADO, JOSÉ PEDRO, “Iniciativa probatoria del juez en un nuevo orden procesal civil”, en *Boletín jurídico del ministerio de justicia: Hacia una nueva justicia civil*, n° 7, p.21; MATURANA MIQUEL, CRISTIAN, “Los principios que deben regir un nuevo Proceso Civil en Chile”, ob.cit., pp.15-16; HUNTER AMPUERO, IVÁN, “Poderes del juez civil: Algunas consideraciones a propósito del Juez de Familia”, en *Revista de Derecho Universidad Austral De Chile*, vol. XX, n° 1, pp.217-227.

³³ SILVA PRADO, JOSÉ PEDRO, “Iniciativa probatoria del juez en un nuevo orden procesal civil”, ob.cit., p.24.

En el mismo sentido, Devis Echandía, deja en claro que la disponibilidad del derecho material discutido en el proceso civil, nada tiene que ver con la disponibilidad de los medios probatorios para establecerlo, por lo cual, aún considerando que el proceso civil versa sobre cuestiones de interés privado y derechos de libre disposición de las partes (lo que no es cierto en muchos casos) y olvidándose de que tiene un objeto y un fin de claro interés público (la recta aplicación de la ley y el ejercicio de la jurisdicción del Estado a los litigios privados), no puede obtenerse de ello argumento alguno en contra de las facultades inquisitivas del juez para llevar al proceso la prueba de los hechos sobre los cuales debe versar su sentencia³⁴.

En cuanto a la incidencia de la iniciativa probatoria del juez respecto al principio de aportación de parte, sí cabe ahondar más en lo que ha dicho esta doctrina, pues, como vimos anteriormente, éste último consiste precisamente en que la aportación del material probatorio al proceso corresponde exclusivamente a las partes.

Como señalamos en su oportunidad, el principio de aportación de parte en materia probatoria, tiene un carácter meramente técnico, a diferencia del principio dispositivo, que encuentra su fundamento en nuestra Carta Fundamental, por lo que es totalmente posible que el material probatorio incorporado al proceso por los litigantes sea complementado o integrado por propia iniciativa del órgano judicial. Un tema distinto es si con esta iniciativa probatoria del juez se pueden vulnerar ciertos derechos fundamentales, pero tal cuestión será analizada en otro apartado.

Hay un sector, dentro de esta doctrina, que encuentra el fundamento de la aportación de pruebas por el juez en la búsqueda de la “verdad material o histórica”, por lo que, en aras de alcanzar este propósito, justifican dichas potestades, dejando de manifiesto, por otro lado, que no vulneran de modo alguno el principio de aportación de parte.

Esta posición se enfoca en la resolución de los litigios por medio de decisiones justas, para lo cual la búsqueda de la verdad de los hechos del juicio adquiere un carácter esencial. Es lo que se conoce como “concepción epistemológica de la prueba”, según la cual la iniciativa de las partes en la presentación de la prueba, si bien se considera

³⁴ Cfr. DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO, ob.cit., pp.82.

importante, pues forma parte del derecho fundamental a un debido proceso, no resulta suficiente para asegurar que se alcance efectivamente la verdad de los hechos, ya que nadie puede suponer que la verdad se encuentre, por definición, contenida en la actividad probatoria de las partes, puesto que éstas pueden tener intereses convergentes en no desarrollar, respecto de los hechos relevantes, un análisis completo o una prueba global, o incluso más, pueden tenerlo en esconder algunos hechos de los ojos del tribunal. Por estas razones, postulan proveer a los tribunales con facultades significativas dirigidas a la producción de toda la prueba relevante y, finalmente, a la consecución de decisiones verdaderas. Se entiende que el tribunal usará sus poderes autónomos cuando resulte que una de las partes, o ambas, no presenten toda la prueba relevante. En otros términos, se supone que el tribunal debe ayudar a las partes, complementando su presentación insuficiente de pruebas. Consecuentemente, el rol del tribunal no es tomar el lugar de las partes en la producción de la prueba, ni menos impedir que las partes presenten “su” prueba, ya que si las partes son exitosas en el ofrecimiento de toda la prueba disponible, el tribunal puede no hacer uso en absoluto de sus poderes³⁵.

En el mismo sentido, Chioventa, si bien señala que: “nadie es mejor juez que la parte respecto de las pruebas de que puede disponer, respecto de sus intereses individuales”³⁶, a continuación reconoce que la actitud pasiva del juez en la formación de las pruebas puede aparecer menos justificada que en la selección de los hechos, porque, fijados los hechos a declarar, la manera de declararlos no puede depender de la voluntad de las partes, siendo la verdad una sola³⁷.

Otro argumento que se da a favor de la postura que opta por atribuir iniciativa probatoria al juez, sin que se afecte con ello en lo absoluto la vigencia del principio de aportación de parte, radica en que casi todos los sistemas procesales civiles modernos han cambiado el modelo de tribunal pasivo que confía exclusivamente en la producción de

³⁵ Vid. TARUFFO, MICHELE, “Investigación judicial y producción de prueba por las partes”, en *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile*, vol XV, <http://mingaonline.uach.cl/scielo> (consulta: 29 mayo 2007). En el mismo sentido: PICÓ I JUNOY, JOAN, “El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: Un debate mal planteado”, ob.cit., pp.124-125; BORDALÍ, ANDRÉS, “Los poderes del juez civil”, ob.cit., pp.13-14; MENESES PACHECO, CLAUDIO, ob.cit., p.53; HUNTER AMPUERO, IVÁN, “Poderes del juez civil: Algunas consideraciones a propósito del Juez de Familia”, ob.cit., pp.222.

³⁶ CHIOVENTA, JOSÉ, ob.cit., p.194.

³⁷ Loc. Cit.

pruebas por las partes, a un modelo en el cual los tribunales son investidos, en mayor o menor medida, dependiendo de cada país, con facultades activas en este aspecto³⁸:

- Francia: de acuerdo al artículo 10 del Código de Procedimiento Civil (en adelante CPC), el tribunal tiene la facultad de ordenar de propia iniciativa todos los medios admisibles de prueba;
- Italia: el art. 421 inciso 2º del CPP contempla un poder semejante al caso francés, pero solamente en casos laborales;
- España: el art. 429.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil permite al juez allegar pruebas sólo en relación con las fuentes probatorias que ya consten en la causa;
- Estados Unidos: el tribunal tiene la facultad de llamar a testigos que no han sido llamados por las partes, en virtud de la Regla 614 a) de las Reglas Probatorias Federales de 1975; y de citar a testigos neutrales expertos, esto en virtud de la Regla 706;
- Inglaterra: las Reglas de Procedimiento Civil conceden al tribunal amplios poderes para darles a las partes instrucciones acerca de las materias de hecho y de la prueba que tiene que ser presentada al tribunal.

Por otro lado, está el otro sector de la doctrina que niega el otorgamiento de facultades en materia probatoria a los jueces, señalando que la proposición de las pruebas en el proceso civil corresponde únicamente a las partes, lo cual resulta acorde con los principios dispositivo y de aportación de parte, que rigen el proceso civil³⁹.

En lo relativo al principio dispositivo, no desarrollan mayor argumentación, ya que hoy en día ya nadie se atreve a sostener como aspiración la existencia de un proceso civil

³⁸ Vid. TARUFFO, MICHELE, "Investigación judicial y producción de prueba por las partes", en *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile*, vol XV, <http://mingaonline.uach.cl/scielo> (consulta: 29 mayo 2007).

³⁹ Vid. en este sentido: MONTERO AROCA, JUAN, "El proceso civil llamado 'social' como instrumento de 'justicia' autoritaria", ob.cit., pp.129-165. Del mismo autor puede verse además: "Sobre el mito autoritario de la 'buena fe procesal'", ob.cit., pp.304-307; MONTELEONE, GIROLAMO, "El actual debate sobre las 'orientaciones publicísticas' del proceso civil", ob.cit., pp.181, 190-191; CIPRIANI, FRANCO, "El proceso Civil entre viejas ideologías y nuevos eslóganes", en *Proceso Civil e Ideología: Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*, pp.81-94; CARNELUTTI, FRANCESCO, ob.cit., pp.75-76; ALVARADO VELLOSO, ADOLFO, "La imparcialidad judicial y el Sistema Inquisitivo de juzgamiento", en MONTERO AROCA, JUAN (coordinador), *Proceso civil e ideología: Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*, pp.240-241; ARIANO DEHO, EUGENIA, "En los abismos de la cultura del proceso autoritario", en MONTERO AROCA, JUAN (coordinador), *Proceso civil e ideología: Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*, pp.371-372; CAROCCA PÉREZ, ALEX, ob.cit., p.149; BOTTO, HUGO, ob.cit., p.304; PALOMO VÉLEZ, DIEGO, "Proceso civil oral: ¿Qué modelo de juez requiere?", ob.cit., p.195

basado en la negación de los brocardos *ne procedat iudex ex officio*, con referencia al inicio del proceso, y *ne iudex ultra petita partium*, sobre el contenido de la sentencia.

Es así como, en primer lugar, se hacen cargo de la afirmación de que el principio de aportación de parte tiene un carácter meramente técnico. Montero Aroca señala que hoy no es admisible considerar como algo técnico la determinación en las leyes de los poderes del juez en el proceso civil, pues es algo propio de su naturaleza que estén influenciadas por ideas políticas. Al respecto, afirma "...el pretender desterrar la política del derecho, se basa en una opinión deformada de aquella..."⁴⁰. Por lo tanto, entienden que el aumento de los poderes del juez en materia probatoria responde a una elección política de fundamental importancia entre una concepción del proceso civil respetuosa de la naturaleza privada de los derechos, y de su autonomía, y otra concepción autoritaria, que incide fuertemente sobre sus posiciones jurídicas⁴¹.

Ante el argumento de que la aportación de prueba por el juez se justifica en la búsqueda de la "verdad histórica", estos autores replican que lo que se persigue con la prueba no es otra cosa que la convicción psicológica del juez, respecto de la verdad o certeza de los hechos afirmados por las partes. La finalidad de la prueba civil no radica (porque no puede) en la verdad histórica o en la realidad material de los hechos, sino en la obtención de la convicción subjetiva que el juzgador logre formarse una vez practicadas las pruebas⁴². En este contexto, no importa si la decisión final se basa o no en una reconstrucción fidedigna de los hechos del caso, el juez sólo debe fallar en base a las pruebas aportadas por las partes y, en caso de carencia de pruebas que lo lleven al convencimiento sobre cómo acaecieron los hechos, deberá fallar conforme lo indican las reglas de la carga probatoria⁴³.

Finalmente, se hacen cargo del argumento que señala que el otorgamiento de facultades probatorias al juez corresponde a una tendencia generalizada en la mayoría de los países, sin que con ello se vulnere este principio. Frente a esto, los más radicales

⁴⁰ MONTERO AROCA, JUAN, "El proceso civil llamado 'social' como instrumento de 'justicia' autoritaria", ob.cit., pp.151-152.

⁴¹ Vid. MONTELEONE, GIROLAMO, "El actual debate sobre las "orientaciones publicísticas" del proceso civil", ob.cit., p.191.

⁴² Vid. PALOMO VELEZ, DIEGO, "Proceso civil oral: ¿Qué modelo de juez requiere?", ob.cit., p.186.

⁴³ Vid. ALVARADO VELLOSO, ADOLFO, "La imparcialidad judicial y el Sistema Inquisitivo de juzgamiento", ob.cit., p. 247.

señalan que los sistemas que atribuyen dichas facultades a los jueces son herederos del modelo de juez previsto en los códigos procesales de los estados europeos fascistas o totalitarios de la primera mitad del siglo XX, al considerarse que son jueces que necesariamente participan de la misma característica autoritaria o fascista⁴⁴.

Una posición más atenuada sobre el tema es la que expone Ortells, quien, no obstante mostrarse contrario a la iniciativa probatoria del tribunal, admite que el principio de aportación de parte tenga ciertas excepciones, las cuales deben situarse incluso más allá de las que son obvias, como la potestad judicial de intervenir en la práctica de la prueba de parte para esclarecer el significado de los resultados que arroje cada medio de prueba practicado. Afirma que: “si las partes han sido diligentes en la proposición y práctica de los medios de prueba y su iniciativa se ha visto frustrada por causas ajenas a su voluntad, el juez ha de hacer lo necesario para la práctica-*in extremis*, como diligencias finales-de los medios de prueba fallidos”⁴⁵. Lo que se pretende es que si el juzgador lo estima conveniente para resolver acertadamente, utilice las fuentes de prueba que las propias partes, con su actividad procesal, le hayan puesto de manifiesto⁴⁶.

2.-Iniciativa probatoria de oficio y el derecho de los justiciables a un debido proceso

En este punto, cabe precisar que nos referiremos a dos garantías que conforman el debido proceso y que se relacionan con el tema de la actividad probatoria, cuales son: la imparcialidad del juzgador y el derecho a defensa, como derechos fundamentales del justiciable.

Si bien nuestro texto constitucional no hace un reconocimiento expreso de dichas garantías, entendemos que se encuentran implícitas dentro de lo dispuesto por el Art. 19 n° 3 inciso 5° de nuestra Carta Fundamental, que señala: “Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”. Importante resulta la expresión “racional y justo procedimiento” que, si bien contiene conceptos genéricos, la propia Comisión de Estudio acordó dejar constancia en actas, para la historia fidedigna de la disposición, que sus

⁴⁴ Estas ideas son propugnadas por los llamados “revisiónistas”, corriente que analizaremos al tratar la relación entre iniciativa probatoria de oficio y debido proceso.

⁴⁵ ORTELLS RAMOS, MANUEL, “Me inclino por un juez activo en la dirección del proceso”, en *Boletín jurídico del ministerio de justicia: Hacia una nueva justicia civil*, n° 7, p.49-50.

⁴⁶ Loc. Cit.

miembros coincidían en que eran garantías mínimas de un racional y justo proceso: permitir un oportuno conocimiento de la acción, adecuada defensa y producción de la prueba que correspondiere⁴⁷. Del mismo modo, el derecho a un juez imparcial forma parte de un proceso e investigación racionales y justos.

También encontramos el reconocimiento de dichas garantías en el ámbito internacional, en declaraciones y tratados de derechos humanos, tales como: Art. 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; Art. 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos; Art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; todos los cuales forman parte del “bloque de constitucionalidad” y, por ende, resultan directamente aplicables en nuestro ordenamiento jurídico.

En cuanto a la imparcialidad, Calamandrei señala que históricamente la cualidad preponderante que aparece inseparable de la idea misma del juez, desde su primera aparición en los albores de la civilización, es la imparcialidad. El juez es un tercero extraño a la contienda que no comparte los intereses o las pasiones de las partes que combaten entre sí, y que desde el exterior examina el litigio con serenidad y con despego; es un tercero inter partes, o mejor aún, supra partes. Lo que lo impulsa a juzgar no es un interés personal, egoísta, que se encuentre en contraste o en convivencia o amistad con uno o con otro de los egoísmos en conflicto. El interés que lo mueve es un interés superior, de orden colectivo, el interés de que la contienda se resuelva civil y pacíficamente, *ne cives ad arma veniant*, para mantener la paz social. Es por esto que debe ser extraño e indiferente a las solicitudes de las partes y al objeto de la lite, *nemo iudex in re propria*⁴⁸.

Sin embargo, queda de manifiesto que la imparcialidad es algo difícil de conseguir en la práctica. En efecto, el problema no es solamente el de no confiar el juicio a un juez que esté ligado por ciertos vínculos, directos o indirectos, con una de las partes y de preparar los medios para garantizar que un juez semejante no haya de juzgar, sino el liberar al juez de cualquier prejuicio, que de un modo u otro pueda turbar, aún en mínima medida, aquella imparcialidad⁴⁹.

⁴⁷ Vid. MATURANA MIQUEL, CRISTIAN, “Los principios que deben regir un nuevo Proceso Civil en Chile”, ob.cit., p.13.

⁴⁸ Cfr. CALAMANDREI, PIERO, *Proceso y Democracia*, p.53.

⁴⁹ Vid. CARNELUTTI, FRANCESCO, *Derecho Procesal Civil y Penal*, vol. I, pp.84-85

La otra garantía en análisis corresponde al derecho a defensa de los justiciables. Específicamente haremos alusión a un importante aspecto contenido en esta garantía: el derecho a la prueba, el cual usualmente se define como: el derecho de toda parte para producir toda la prueba relevante que esté en su posesión, para obtener la presentación de prueba relevante que esté en posesión de otras partes o de terceros, y que toda esa prueba sea debidamente considerada por el tribunal. Se entiende que es un aspecto fundamental del derecho a defensa, así como también del derecho a la acción, porque sería un sinsentido decir que las partes pueden ejercer estos derechos pero que no se les permita probar por ningún medio disponible las aseveraciones fácticas que son la base de sus pretensiones y defensas⁵⁰.

La entrega de potestades oficiosas en materia de prueba al juez se ha discutido también a nivel de la relación que existiría entre ésta y las mencionadas garantías de imparcialidad y derecho a defensa de los justiciables, como parte integrante del derecho a un debido proceso. De igual forma que en el apartado anterior, vemos que la doctrina nacional y comparada se encuentra ampliamente dividida al respecto. Por un lado, está aquella doctrina que sustenta que el otorgamiento al juez de facultades para aportar pruebas en el proceso civil constituiría una violación a la garantía de un juez imparcial, así como al derecho de defensa de los justiciables, lo que, en consecuencia, significaría un grave atentado contra el debido proceso. Para otro sector de la doctrina, esta objeción no tiene cabida y señalan que la atribución de poderes probatorios al juez perfectamente se ajusta a las exigencias constitucionales del debido proceso.

En derecho comparado desde hace un tiempo se ha venido desarrollando una doctrina denominada “revisionismo”, la cual, como adelantábamos en el apartado anterior, sostiene que una concepción activa del juez en el proceso civil oculta, en el fondo, una concepción fascista o autoritaria del proceso y, en consecuencia, de la figura del juez. Esta tendencia surge como reacción de los postulados de Franz Klein, plasmados en la Ordenanza Procesal Austriaca de 1895, y que posteriormente inspiraron a los códigos procesales de: Alemania, en 1937 (bajo el gobierno de Adolf Hitler); Italia, en 1940 (bajo el gobierno de Benito Mussolini); y la Unión Soviética, en 1979, todos totalitarismos. Es por ello que los autores que adhieren a esta tendencia revisionista realizaron un “mea

⁵⁰ Vid. TARUFFO, MICHELE, “Investigación judicial y producción de prueba por las partes”, en *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile*, vol XV, <http://mingaonline.uach.cl/scielo> (consulta: 29 mayo 2007).

culpa” por haber adherido en el pasado a la llamada concepción publicística del derecho y hoy en día reniegan de ella, señalando que se trató de un pecado de juventud, de una negligencia, ya que actuaron deslumbrados por aquél fenómeno y no se cuestionaron el modelo de juez autoritario implícito en dicha ideología, razones por las cuales hoy procuran poner distancia ideológica e intelectual de por medio⁵¹. Los principales exponentes de esta postura revisionista son: Montero Aroca, en España; Cipriani y Monteleone, en Italia; y Alvarado Velloso, en Argentina. En Chile, también encontramos seguidores de la corriente revisionista, tales como: Botto, Carocca, Palomo, entre otros.

Al respecto, Monteleone señala: “nadie quiere un juez pasivo e inerte, impotente espectador de las astucias de las partes y de sus defensores, pero sí se quiere evitar que el proceso esté permanentemente sustraído a la disponibilidad de los titulares de los intereses en juego para ser encomendado a un órgano autoritario e incontrolado...”⁵². Agrega que, no hay duda que el proceso se resuelve en el contradictorio entre los contendientes y que éstos tienen el derecho y la carga de ofrecer al juez las pruebas de los hechos alegados en sostén de sus demandas, excepciones y defensas con la finalidad de que éste pueda rectamente decidir, pero si se encomienda también a él el impulso probatorio, quedará en el mismo plano de la parte, vulnerando el principio del contradictorio y el derecho de defensa, perdiendo, además, su calidad más esencial y genética de tercero imparcial, abriendo camino a la imparcialidad y a la injusticia⁵³. Ahondando en este tema, Montero Aroca señala que, atribuir al juez el poder de introducir de oficio medios de prueba, en sentido estricto, significa exactamente atribuirle también el ropaje y los poderes de la parte. Por otro lado, la atribución al juez de estas facultades sólo tiene sentido si se parte de la idea implícita de que el abogado de la parte puede ser o negligente o ignorante, lo cual claramente tiene una marcada base autoritaria⁵⁴.

Por su parte, Alvarado Velloso entiende que el principio de imparcialidad indica que el tercero que actúa en calidad de autoridad para procesar y sentenciar el litigio debe ostentar claramente ese carácter: para ello, no ha de estar colocado en la posición de parte (imparcialidad), ya que nadie puede ser actor o acusador y juez al mismo tiempo; debe

⁵¹ Vid. MONTERO AROCA, JUAN, ob.cit., p.120.

⁵² MONTELEONE, GIROLAMO, “El actual debate sobre las “orientaciones publicísticas” del proceso civil”, ob.cit., pp.190-191.

⁵³ Loc. Cit.

⁵⁴ Cfr. MONTERO AROCA, JUAN, “El proceso civil llamado ‘social’ como instrumento de ‘justicia’ autoritaria”, ob.cit., pp.157, 160-161.

carecer de todo interés subjetivo en la solución del litigio (imparcialidad) y debe poder actuar sin subordinación jerárquica respecto de las dos partes (independencia)⁵⁵. La vigencia de la calidad referida a la imparcialidad del juzgador hace que él deba abstenerse de realizar de cualquier forma las tareas propias de las partes litigantes: pretender, afirmar hechos litigiosos, introducir nuevas cuestiones luego de trabada la litis y probar oficiosamente los hechos alegados por ellas, cuya existencia improbadamente no puede ser suplida por el conocimiento personal que el juez tenga del asunto a fallar⁵⁶.

Como señalamos en su oportunidad, esta postura ha tenido acogida en la doctrina nacional. Es así como Hugo Botto, a propósito de las medidas para mejor resolver, reguladas en el Art. 159 del Código de Procedimiento Civil, afirma que son inconstitucionales, ya que no responden a un procedimiento racional y justo. Además, señala que son injustas, ya que con ellas siempre se favorece sólo a una parte -el demandante- en perjuicio de la otra -el demandado- y, por lo tanto, deberían ser derogadas de toda legislación que pretenda respetar la garantía constitucional del debido proceso, pues lo vulneran. A igual conclusión llega respecto de la prueba de oficio⁵⁷. En el mismo sentido, Carocca coincide en que no debe concedérsele iniciativa probatoria al juez, pues no resulta posible aceptar que sea el tribunal quien se proporcione a sí mismo el material de convicción, función que corresponde exclusivamente a las partes, porque en ese caso se estaría atentando contra la estructura básica del proceso, su carácter de tercero ajeno al litigio, que le otorga su sello propio⁵⁸.

Por su parte, Palomo, en síntesis, postula que el aumento en las atribuciones probatorias de los jueces arriesga la debida imparcialidad del juzgador, pues al hacer uso de estos poderes podría decantarse a favor o en contra de una de las partes, favoreciendo a una en perjuicio de la otra, afectando la igualdad de las partes y el método acusatorio de debate. Por otro lado, estas pociões develan una clara desconfianza en los profesionales que asumen la defensa de las partes, asumiendo que son incapaces de llevar a cabo su trabajo⁵⁹.

⁵⁵ Cfr. ALVARADO VELLOSO, ADOLFO, “La imparcialidad judicial y el Sistema Inquisitivo de juzgamiento”, ob.cit., p.229.

⁵⁶ Vid. Ibídem, p.146.

⁵⁷ Cfr. BOTTO, HUGO, ob.cit, p.304.

⁵⁸ Prólogo del libro de Botto, ob.cit., p.42.

⁵⁹ Cfr. PALOMO VELEZ, DIEGO, “Proceso civil oral: ¿Qué modelo de juez requiere?”, ob.cit., p.189.

En síntesis, los “revisionistas” coinciden en negar la atribución de facultades oficiosas al juez en materia probatoria, sin embargo, postulan el otorgamiento de la dirección y control formal del proceso, única intervención válida para el juez, la cual se refiere esencialmente al control en la falta de presupuestos de los que depende no la existencia del proceso, pero sí la validez del mismo, además del avance del mismo de una fase a otra hasta llegar al momento de la sentencia; o bien, estiman que también sería posible atribuirle el impulso procesal, entendido éste como posibilidad de que, una vez iniciado el proceso por el actor, el procedimiento como cause formal de la serie de actos se desarrolle por los pasos previstos en la norma; más aún, nada se opondría a que sea también el juez, siempre con las partes, el que controle la realización de los actos conforme al principio de legalidad⁶⁰.

Por su parte, podemos apreciar que otro sector de la doctrina, como ya adelantábamos, adscribe a la idea de que la iniciativa probatoria del juez en el proceso civil no vulnera de modo alguno estas garantías del debido proceso.

En este sentido, Devis Echandía replica, ante las críticas de quienes desean mantener maniatado al juez ante el debate probatorio, que en el proceso civil hay un interés público en que el resultado del proceso sea justo y legal, por lo que el Estado debe dotar al juez de poderes para investigar la verdad de los hechos que la partes afirman en oposición, y nadie puede alegar un derecho a ocultar la verdad o a engañar al juez con pruebas aparentes u omisiones de otras; la imparcialidad del funcionario consiste en aplicar la ley al dictar sentencia, sin que en su criterio pesen otra razones que sus conocimientos jurídicos y las conclusiones a que llegue después del examen de los hechos y sus pruebas, y sin que la amistad o enemistad, el interés o el afecto, tuerzan o determinen sus decisiones. Por otro lado, si se concibe la jurisdicción como un deber del Estado frente al derecho de acción del particular y no sólo como un derecho frente al deber de los particulares de someterse a ella, es apenas obvio que se otorguen al juez los poderes suficientes para cumplir adecuadamente con tal deber⁶¹.

⁶⁰ Vid. MONTERO AROCA, JUAN, “Sobre el mito autoritario de la ‘buena fe procesal’”, ob.cit., pp.307-308. En el mismo sentido: PALOMO VELEZ, DIEGO, “Proceso civil oral: ¿Qué modelo de juez requiere?”, ob.cit., p.181.

⁶¹ Cfr. DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO, ob. cit., pp.81-82. En el mismo sentido: SILVA PRADO, JOSÉ PEDRO, “Iniciativa probatoria del juez en un nuevo orden procesal civil”, ob.cit., p.24.

Los autores que adhieren a esta postura argumentan principalmente que la prueba aportada por el juez tiene un desinterés objetivo, es decir, en ningún caso busca el beneficio de una de las partes en perjuicio de la otra, sino que busca, dentro de los límites que las partes fijaron en el objeto del litigio, la verdad acerca de lo que ocurrió, a fin de obtener una verdad más legitimada. Además, señalan que la iniciativa probatoria del juez constituye una defensa a la garantía del debido proceso, ya que lo que se persigue es justamente que el juez sea un agente activo en la tutela y resguardo de la igualdad procesal, en el sentido de que puede que en un proceso exista una parte más débil, que no cuente con los medios (principalmente económicos) para ejercer efectivamente su derecho a defensa y, más específicamente, su derecho a la prueba, en consecuencia, con la atribución de estas potestades al juez, se evita el peligro de que la verdad sea determinada por el poder de la parte más fuerte, más que por la ponderación de toda la prueba relevante⁶².

Picó I Junoy, a propósito del caso español, señala que la atribución de ciertas iniciativas materiales al juzgador tiene su fundamento constitucional en el carácter social del Estado de Derecho, así como en el deber del juez de velar por la efectividad en la tutela de los intereses discutidos en el proceso para lograr, de este modo, la realización de uno de los valores fundamentales del ordenamiento jurídico: la justicia, que constituye el objetivo final de la función jurisdiccional. Ciertamente es que la justicia es un concepto difícil de definir, sin embargo, el autor toma como referencia la definición que nos da Kelsen, en su ensayo “¿Qué es Justicia?”, según la cual podemos decir que ésta: “se da en aquel orden social bajo cuya protección puede progresar la búsqueda de la verdad”. En esta búsqueda de la verdad dentro del proceso, y respetando rigurosamente todas las garantías constitucionales de las partes, encuentra su justificación la iniciativa probatoria del juez. Siguiendo con esta argumentación, señala que el otro fundamento se encuentra en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. En efecto, para que el juez pueda otorgar esta tutela, aplicando correctamente la ley, necesita prueba de los hechos litigiosos. En consecuencia, si el objetivo de todo proceso es que los jueces y magistrados apliquen la ley a unos determinados hechos, de cuya certeza deben estar convencidos, coartarles o restringirle, de

⁶² Cfr. en este sentido: TARUFFO, MICHELE, “Investigación judicial y producción de prueba por las partes”, en *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile*, vol XV, <http://mingaonline.uach.cl/scielo> (consulta: 29 mayo 2007); BORDALÍ, ANDRÉS, “El debido proceso civil”, ob.cit., p.271. Del mismo autor: “Los poderes del juez civil”, ob.cit., p.16; MENESES PACHECO, CLAUDIO, ob.cit., pp.56-61; HUNTER AMPUERO, IVÁN, “Poderes del juez civil: Algunas consideraciones a propósito del Juez de Familia”, ob.cit., p. 217.

un modo absoluto, la iniciativa probatoria supone una limitación a la efectividad de la tutela judicial en la aplicación de la ley y, a la postre, a la búsqueda de la justicia⁶³.

Sin embargo, la doctrina que apoya esta postura, concluye que la discusión en torno a este tema no debiera centrarse tanto en la posibilidad de otorgar o no iniciativa probatoria al juez, sino más bien en los límites que debe tener ésta, con el fin de no vulnerar las mencionadas garantías fundamentales, así como los principios analizados en el apartado anterior.

Picó I Junoy entiende que al juez se le puede atribuir iniciativa probatoria siempre que se limite: a) a los hechos discutidos en el proceso; b) a las fuentes probatorias que ya consten en la causa; y c) se permita ejercer el derecho de defensa de los litigantes, ampliando sus pruebas inicialmente propuestas. Este autor señala que con estos tres límites se evita la figura del juez autoritario o fascista⁶⁴.

Adicionalmente, en Chile, Bordalí propone que el juez, para no vulnerar el derecho de defensa de las partes debe darles oportunidad para: a) controvertir la pertinencia o relevancia de la prueba que se intenta introducir; b) participar en su realización; c) producir contraprueba; d) discutir acerca de la eficacia de la prueba de oficio antes de la decisión⁶⁵.

Otro límite que se agrega, a fin de garantizar aún más los derechos de los justiciables frente a la iniciativa probatoria del juez, se refiere a que todas las garantías enumeradas precedentemente deben desarrollarse bajo un necesario contradictorio, que se erige como una garantía de carácter general y el campo específico de la utilización de poderes materiales del juez, es decir, constituye el presupuesto de actuación del órgano jurisdiccional⁶⁶.

⁶³ Cfr. PICÓ I JUNOY, JOAN, “El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: Un debate mal planteado”, ob.cit., pp.123-125.

⁶⁴ Cfr. Ibídem, p.120.

⁶⁵ Cfr. BORDALÍ, ANDRÉS, “El debido proceso civil”, ob.cit., p.271. Del mismo autor: “Los poderes del juez civil”, ob.cit., p.15.

⁶⁶ Vid. HUNTER AMPUERO, IVÁN, “Poderes del juez civil: Algunas consideraciones a propósito del Juez de Familia”, ob.cit., p. 226.

También se establece un límite temporal, el cual consiste en que esta actividad probatoria sólo podrá ejercerse hasta antes de que la causa quede en estado de sentencia, a diferencia de lo que sucede hoy en día con las medidas para mejor resolver⁶⁷.

Finalmente, esto se reduce a que, por un lado, las garantías procesales de las partes requieren un completo y activo control por el tribunal a efectos de ser concretadas, así como para impedir su abuso; pero, por otro lado, las facultades activas del tribunal requieren fuertes garantías de las partes, para no degenerar en arbitrariedad y abuso de poder. Es decir, es necesario establecer una interconexión de “frenos y contrapesos” que debiera enfocarse a maximizar las posibilidades de encontrar toda la prueba relevante de los hechos del caso, pero siempre respetando plenamente las garantías fundamentales de las partes.

⁶⁷ Vid. Maturana Miquel, Cristian, “Los principios que deben regir un nuevo Proceso Civil en Chile”, *ob.cit.*, p.16.

CAPÍTULO II: La iniciativa probatoria del juez en el Anteproyecto de Código Procesal Civil Chileno

1.- Facultades probatorias conferidas al juez civil

En primer lugar, cabe hacer una primera distinción, relativa a las facultades que tienen tanto las partes como el juez dentro del proceso. Es así como tenemos, por un lado, las “facultades de dirección formal del proceso”, en que se atiende a quién asumirá en el mismo las facultades de controlar la regularidad formal o técnica de los actos procesales y de impulsar el procedimiento para que éste se desarrolle pasando de una fase a otra. En otras palabras, la dirección formal no se refiere ni afecta al contenido del proceso, afecta al proceso en sí mismo considerado y básicamente ha de resolver quién, si el juez o las partes: 1) debe controlar la admisibilidad de la pretensión y, por tanto, si es posible dictar o no una sentencia de fondo al concurrir los presupuestos necesarios para ello, y 2) debe impulsar el proceso haciéndolo avanzar por las fases legalmente previstas⁶⁸. Otro autor las denomina “potestades ligadas la *iter* procesal”, señalando que éstas se agotan en la simple posibilidad de que el juez pueda tener el dominio absoluto de los tiempos procesales, con independencia a la actividad que efectúen las partes⁶⁹. Por otro lado, tenemos las “facultades materiales de dirección”, en que se atiende a quién debe aportar los elementos que pueden influir en la decisión que ha de adoptar el juez al final del proceso, estos elementos se refieren a los hechos y a las pruebas⁷⁰.

En cuanto a las facultades de dirección formal del proceso, podemos apreciar que el Anteproyecto las confía en forma exclusiva al juez, a nivel de principio básico del proceso, en el artículo 6 del mismo, el cual se refiere a la dirección e impulso procesal, y dispone: “La dirección del procedimiento se encuentra confiada al tribunal, quien podrá tomar de oficio todas las medidas que considere pertinentes para su válido, eficaz y pronto desarrollo, de modo de evitar su paralización y conducirlo sin dilaciones indebidas a la justa solución del conflicto.

El tribunal deberá adoptar, a petición de parte o de oficio, todas las medidas necesarias que resulten de la ley o de sus poderes de dirección, para prevenir o sancionar cualquiera

⁶⁸ Vid. MONTERO AROCA, JUAN, ob.cit., p.94.

⁶⁹ Vid. HUNTER AMPUERO, IVÁN, “Poderes del juez civil: Algunas consideraciones a propósito del Juez de Familia”, ob.cit., p.211.

⁷⁰ Vid. MONTERO AROCA, JUAN, ob.cit., p.72.

acción u omisión contrarias al orden o a los principios del proceso y para lograr el más pronto y eficiente ejercicio de la jurisdicción, así como la mayor economía en su desarrollo.

El tribunal dirigirá el debate, ordenará la práctica de actuaciones judiciales y admitirá la rendición de las pruebas lícitas, útiles y pertinentes ofrecidas, exigirá el cumplimiento de las solemnidades que correspondieren y moderará la discusión, según correspondiere en la audiencia respectiva. Podrá impedir que las alegaciones se desvíen hacia aspectos no pertinentes o inadmisibles, pero sin coartar el ejercicio del derecho de defensa.

También podrá limitar el tiempo del uso de la palabra a las partes que debieren intervenir durante el juicio, fijando límites máximos igualitarios para todas ellas o interrumpiendo a quien hiciere uso manifiestamente abusivo o impropio de su facultad.

Además, ejercerá las facultades disciplinarias destinadas a mantener el orden y decoro durante el debate, y, en general, a garantizar la eficaz realización del mismo”.

En el mismo sentido se pronuncia el art. 275, referido a las actuaciones de oficio que corresponden al juez durante la realización de la audiencia de juicio.

Ahora corresponde analizar a quién confía el Anteproyecto las denominadas facultades materiales de dirección, para lo cual haremos una revisión de sus normas. Como señalábamos anteriormente, estas facultades se refieren básicamente a la introducción de dos elementos fundamentales al proceso: los hechos y las pruebas. En este apartado se analizará sólo la introducción de las pruebas, ya que la aportación de los hechos será objeto de análisis más adelante, en su relación con el principio dispositivo.

La oportunidad de aportar pruebas al proceso la observamos en tres etapas distintas del mismo: en la solicitud de medidas prejudiciales probatorias, en la audiencia preliminar y en la audiencia de juicio.

Respecto a las medidas prejudiciales probatorias, cabe señalar que son aquellas que tienen por objeto producir medios de prueba con antelación al juicio, por existir fundados temores de que desaparezcan. Éstas se encuentran contempladas en el art. 173, que dispone: “El futuro demandante o futuro demandado podrá solicitar que se interroge anticipadamente a un testigo o perito si se temiere que no pudiese declarar en el juicio oral por deber ausentarse a larga distancia o por existir motivo que hiciere temer la

sobreviniencia de su muerte, su incapacidad física o mental, o algún otro obstáculo semejante.

En los casos previstos en el inciso precedente, el juez deberá citar a todos aquellos que tuvieren derecho a asistir a la audiencia de juicio, quienes tendrán todas las facultades previstas para su participación en ella.

Si se hubiere presentado la demanda, se podrá solicitar que la recepción de la prueba testimonial o pericial se verifique en forma anticipada en la audiencia preliminar, notificándose por cedula a todos los aquellos que tuvieren derecho a asistir a la audiencia de juicio para los efectos previstos en el inciso anterior”. Del texto de este artículo se desprende que esta iniciativa probatoria corresponde exclusivamente a las partes, sea demandante o demandado, pero nada puede proponer el juez en esta oportunidad.

En la audiencia preliminar, regulada en los artículos 265 a 269, se contempla la aportación de pruebas al proceso, las cuales serán rendidas posteriormente en la audiencia de juicio, pero también se contempla la rendición o producción de otras. Así, el art. 267 n° 3 establece como una de las actividades a desarrollar en esta audiencia: “La recepción de la prueba sobre las excepciones previas a la demanda y reconvenición, en caso de entender el Tribunal que existe algún hecho a probar, en cuyo caso se recibirán las pruebas en esa audiencia”. El mismo artículo, en el n° 8, señala: “recibir la prueba anticipada que sea necesaria rendir en ese momento”. Sin embargo, el objetivo primordial de esta audiencia es la fijación definitiva de la litis y la determinación de los hechos que deben ser probados posteriormente, así como el ofrecimiento, admisión y exclusión de prueba por las partes. En consecuencia las actividades fundamentales dentro de esta audiencia dicen relación con las establecidas en los números 5°, 6° y 7° del mencionado artículo:

5°) Fijación de los hechos que deben ser probados, así como las convenciones probatorias que las partes hayan acordado.

6°) Determinar las pruebas que deberán rendirse al tenor de la propuesta de las partes y de los otros nuevos medios de prueba que estime necesarias en la audiencia de juicio y que las partes propongan por referirse a hechos nuevos o a rectificaciones hechas en la propia audiencia;

7°) Excluir de ser rendidas en el juicio aquellas pruebas que fueren manifiestamente impertinentes, tuvieren por objeto acreditar hechos públicos y notorios, resulten sobreabundantes o hayan sido obtenidas con infracción de garantías fundamentales. Las demás serán admitidas y se ordenará su rendición en la audiencia de juicio respectiva.

De este modo, podemos ver que la actividad probatoria del juez en esta etapa del juicio se reduce a: fijación de los hechos que deberán ser probados en la audiencia de juicio; fijar las convenciones probatorias; determinar la prueba que deberá rendirse en la audiencia de juicio; excluir las pruebas manifiestamente impertinentes, las que tengan por objeto acreditar hechos públicos y notorios, las pruebas sobreabundantes y aquellas obtenidas con infracción de garantías fundamentales. Por lo tanto, nada se dice respecto a una eventual facultad del juez de aportar pruebas al proceso, al menos en esta audiencia preliminar.

La audiencia de juicio es aquella que tiene como principal finalidad el que las partes rindan toda la prueba necesaria determinada en la audiencia preliminar para acreditar sus pretensiones y defensas, y que no les hubiere correspondido rendir por mandato de la ley con anterioridad. Dentro de las normas que regulan el desarrollo de esta audiencia, tenemos el art. 278, el cual en su inciso 2° señala: “El tribunal sólo podrá formular preguntas al testigo o perito que hubiere declarado en la audiencia con el fin de que aclaren sus dichos y no podrá decretar diligencia alguna de prueba”. Esta norma, en principio, parece coartar toda iniciativa probatoria del juez en el proceso, sin embargo, haciendo un análisis sistemático del Anteproyecto podemos ver que esta afirmación no es absoluta, ya que hay una serie de normas que otorgan facultades probatorias al juez. Cabe precisar que estas facultades no tienen la misma intensidad, por lo que distinguiremos entre: la facultad general para aportar prueba de oficio; aquellas que se refieren más bien a la rendición de la prueba; aquellas potestades materiales indirectas; y, finalmente, las potestades materiales propiamente tales.

- Facultad general: El art. 27, que enumera las facultades del tribunal, en su numeral 4° dispone que el tribunal está facultado para: “ordenar las diligencias necesarias al esclarecimiento de la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes, en la oportunidad establecida en la ley”. A mi juicio, la expresión “...diligencias necesarias al esclarecimiento de la verdad de los hechos controvertidos...” estaría incluyendo la posibilidad del juez de ordenar como diligencias necesarias la realización de pruebas.
- Potestades relativas a la rendición de las pruebas: En primer lugar, tenemos la facultad general del tribunal, contemplada en el art. 27 n° 5, para disponer, en cualquier momento, durante la audiencia de juicio, la presencia de testigos, peritos y de las partes para requerirles las explicaciones que estime necesarias al objeto del

pleito. Por su parte, el art. 315, relativo a las facultades del tribunal en cuanto a la declaración de las partes, señala en su inciso 1º: “una vez concluida la declaración de las partes, el tribunal podrá dirigir todas aquellas preguntas destinadas a obtener aclaraciones o adiciones a sus dichos”. Luego, en su inciso final establece que: “el juez podrá rechazar, de oficio, las preguntas que considere impertinentes, ininteligibles o reiterativas”. El art. 325 hace extensivo lo anteriormente dicho a las declaraciones hechas por los testigos y peritos. Además, el inciso 9º establece que: “el juez podrá reducir el número de testigos de cada parte, e incluso prescindir de la prueba testimonial cuando sus manifestaciones pudieren constituir inútil reiteración sobre hechos suficientemente esclarecidos en la audiencia de juicio, por este u otros medios de prueba”. Finalmente, el art. 326 señala que, una vez rendida toda la prueba en la audiencia de juicio, de formuladas las conclusiones por las partes y, si a juicio del juez hubiere puntos no suficientemente esclarecidos, podrá ordenar a las partes que los aclaren. En todos estos casos se trata de facultades que tiene el juez respecto de la prueba ofrecida y rendida por las partes, no siendo, en consecuencia, facultades otorgadas directamente a él, sino que dependen de la calidad de las declaraciones de los testigos, peritos o de las partes, es decir, si efectivamente éstas fueron suficientes para acreditar los hechos sobre los cuales declararon.

- Potestades materiales indirectas: El art. 280 dispone que: “las partes podrán ofrecer todos los medios de prueba de que dispongan, pudiendo solicitar al juez que ordene, además, la generación de otros de que tengan conocimiento y que no dependan de ellas, sino de un órgano o servicio público o de terceras personas, tales como documentos, certificaciones u otros medios aptos para producir fe sobre un hecho determinado”. Esto aparece reafirmado por los artículos 287, 288 y 289, los cuales se refieren a que las partes podrán solicitar por intermedio del tribunal documentos que se encuentren en una oficina pública o prestador de servicios públicos, en poder de terceros o en poder del adversario. Esta facultad probatoria es de tipo indirecta y eventual, dado que si bien corresponde a las partes solicitar estas pruebas al juez, será decisión de éste acceder o no a dicha petición, ya que la norma no establece si esta decisión debe ser fundada o no, por lo que quedaría entregada a la discrecionalidad del juez. Asimismo, el art. 307, relativo a la prueba pericial, dispone, en su inciso 4º: “...el juez, a petición de partes, podrá solicitar la elaboración de un informe de peritos a algún órgano público u organismo que

reciba aportes del Estado, cuando lo estime indispensable para la adecuada resolución del conflicto y no contare la parte respectiva con los recursos necesarios para pagar los honorarios del perito”. Al igual que la facultad analizada anteriormente, se trata de una facultad indirecta, ya que también se requiere solicitud de parte, pero, en definitiva, su procedencia quedaría entregada a la discrecionalidad del juez.

- Potestades materiales directas: El art. 316 establece: “el tribunal, de oficio o a petición de parte, puede inspeccionar personas, lugares o cosas con la finalidad de esclarecer hechos que interesen a la decisión del proceso, luego de rendidas las demás pruebas en la audiencia de juicio. Dicha diligencia deberá ser decretada por el tribunal sólo antes de haber terminado la audiencia de juicio”. Por su parte, el art. 318 señala que del mismo modo podrá procederse a la reproducción de los hechos bajo la dirección del tribunal. Estamos aquí frente a una facultad directa que se otorga al juez para aportar prueba en juicio, ya que, tanto la inspección judicial como la reproducción de hechos pueden ser decretadas de oficio por el tribunal, sin necesidad de que preceda una actuación o solicitud de alguna de las partes. Incluso, el art. 319 establece que si alguna de las partes debe prestar colaboración para la realización de alguna de estas diligencias decretadas por el tribunal e insiste en no prestarla, el tribunal dejará sin efecto la diligencia. Sin embargo, la negativa a prestar colaboración en la prueba, se interpretará como una confirmación de la exactitud de las afirmaciones de la parte contraria respecto del hecho que se quiere probar, salvo prueba en contrario.

Del análisis de las mencionadas normas, podemos advertir que el Anteproyecto adolece de serias contradicciones, ya que, por un lado, el art. 278 es enfático en sostener que el tribunal no podrá decretar diligencia alguna de prueba, pero, por otro lado, hay una serie de normas que otorgan al tribunal: una facultad general para aportar prueba de oficio (artículo 27 n° 4) facultades indirectas (en los artículos 280, 287, 288, 289 y 307) y facultades directas (artículos 316 a 319) en lo relativo a la aportación de pruebas al juicio, además de las facultades que posee en cuanto a la rendición de pruebas (artículos 27 n° 5, 315, 325 y 326).

Estas normas, y en particular el artículo 27 n° 4, implicarían la opción de asumir una “concepción epistemológica de la prueba”, es decir, aquella concepción según la cual

resulta esencial, para lograr una decisión justa, la búsqueda de la verdad material o histórica. Por lo tanto, en caso de que el juez advierta que la prueba aportada por las partes es insuficiente o que éstas tienen un cierto interés en esconder hechos del conocimiento del tribunal, podrá hacer uso de esta facultad. Sin embargo, en ningún caso se trata de coartar el derecho de las partes a presentar su prueba, sino sólo de complementar su actuación cuando ésta sea deficiente, ya que como bien señala esta norma, se debe respetar el derecho de defensa de las partes, siendo uno de los componentes esenciales del mismo el derecho a aportar pruebas.

Lo anterior se ve reafirmado por la vigencia del principio constitucional de inexcusabilidad judicial, contemplado en el art. 76 inciso 2º de nuestra Carta Fundamental, el cual además aparece contemplado en el Anteproyecto, en el art. 14 inciso 1º, que señala: “la determinación por parte del tribunal de la existencia de hechos que deban considerarse dudosos y que sean relevantes para la adopción de una decisión no le eximirá de la obligación de dictar sentencia dentro del plazo legal”. En consecuencia, el tribunal, obligado a dictar sentencia respecto a los casos sometidos a su conocimiento, debe hacer uso de todos los medios que le otorga la ley para lograr una decisión ajustada a derecho, por lo que, haciendo una interpretación sistemática de las normas del Anteproyecto, el juez, para dictar sentencia, deberá hacer uso de:

- En primer lugar, las pruebas aportadas por las partes, así como las que denominamos potestades relativas a la rendición de prueba y potestades materiales indirectas, las cuales guardan directa relación con las pruebas propuestas por las partes;
- En segundo lugar, y sólo en caso que las pruebas aportadas por las partes resulten insuficientes, de las potestades oficiosas directas contempladas en los artículos 316 a 319 del Anteproyecto;
- En tercer lugar, y en caso de insuficiencia de todas las anteriores, podrá hacer uso de la facultad prevista en el art. 27 n° 4 del Anteproyecto, la cual de acuerdo a lo expuesto anteriormente, le permitiría decretar diligencias de prueba para el esclarecimiento de los hechos controvertidos.
- En cuarto lugar, y en caso de insuficiencia de las herramientas probatorias de las partes y del juez para extraer argumentos contundentes para dictar una sentencia sobre el caso en discusión, al juez sólo le quedará el camino de aplicar las normas relativas a la carga de la prueba, las cuales, por lo tanto tendrán el carácter de

normas subsidiarias y de *ultima ratio*, esto en cumplimiento de su inexcusable deber de resolución del conflicto⁷¹. La regulación sobre la carga de la prueba en la audiencia de juicio se encuentra en el art. 284 del Anteproyecto, el cual establece: “Corresponde a la parte a quien beneficie la aplicación de una norma jurídica acreditar sus supuestos fácticos”.

En casos calificados, ante la omisión o deficiencia de prueba, el tribunal podrá dar por establecidos los hechos conforme a la conducta que hayan tenido las partes en el proceso y por la falta de cooperación ante la falta de acompañamiento de los medios de prueba que dispongan en su poder en la audiencia de juicio, siempre que se hubiere efectuado previamente el apercibimiento en este sentido en la audiencia preliminar”.

Finalmente, esta contradicción que queda de manifiesto del análisis de las distintas normas a las cuales hemos hecho referencia, se podría salvar, por un lado, eliminando del art. 278 inciso 2º la parte final, que dispone que el tribunal “...no podrá decretar diligencia alguna de prueba” y, por otro lado, incorporando de manera más general las potestades materiales en materia de prueba con las que cuenta el tribunal, para lo cual se podría utilizar una formula similar a la que contempla el art. 429.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española, que establece:

“Cuando el tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos lo pondrá de manifiesto a las partes indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria. Al efectuar esta manifestación, el tribunal, ciñéndose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos, podrá señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente.

En el caso a que se refiere el párrafo anterior, las partes podrán completar o modificar sus proposiciones de prueba a la vista de lo manifestado por el tribunal”.

Como podemos observar, esta norma reconoce de manera amplia las potestades materiales en materia de prueba que le son concedidas al juez, no quedando limitadas a medios de prueba específicos, lo que se condice con el fin de la actividad probatoria que señalábamos anteriormente, es decir, la búsqueda de la verdad material y de una decisión

⁷¹ Vid. SILVA PRADO, JOSÉ PEDRO, “Iniciativa probatoria del juez en un nuevo orden procesal civil”, ob.cit., p.24.

que resulte más justa. Pero, por otro lado, esta amplitud en sus facultades se encuentra limitada, ya que el juez, en primer lugar, debe advertir a las partes sobre la insuficiencia de su prueba, luego, podrá proponer la práctica de prueba, claro que ciñéndose a los elementos que consten en el proceso y, finalmente, en todo caso se permite a las partes, en base a la prueba propuesta por el tribunal, completar o modificar sus propias proposiciones de prueba, por lo que con estas limitantes se concilian, tanto el otorgamiento de facultades probatorias al juez, como el respeto de los derechos de las partes.

En consecuencia, podemos observar que el Anteproyecto plantea morigeraciones al principio de aportación de parte, ya que si bien opta por atribuir la introducción del material probatorio, en primer término, a las partes, también establece facultades probatorias que deben ser ejercidas por el juez en defecto de las pruebas aportadas por las partes, con el fin de cumplir con su obligación, de carácter constitucional y legal, de dictar sentencia respecto de un caso concreto. Esto encuentra su justificación, como señalamos en su momento, en la búsqueda de la verdad de los hechos controvertidos, lo cual deviene en la dictación de una sentencia más justa.

2.- Facultades probatorias oficiosas en relación a los principios dispositivo y de aportación de parte

En el apartado anterior analizamos las potestades materiales, frente a lo cual dijimos que son aquellas que atienden a quién debe introducir al proceso, si el juez o las partes, dos elementos fundamentales para el desarrollo de la actividad jurisdiccional, cuales son: los hechos y las pruebas. En cuanto a éstas últimas, señalamos que el Anteproyecto contempla la posibilidad de introducir pruebas a las partes y al juez, por lo que el principio de aportación de parte se ve atenuado.

Corresponde ahora analizar a quién se confía la introducción de los hechos al proceso, cuestión que se encuentra íntimamente relacionada con el contenido y alcance del principio dispositivo. Este principio, como vimos en el capítulo anterior, posee cuatro manifestaciones fundamentales, por lo que analizaremos de qué modo se encuentran reconocidas en el Anteproyecto:

1) Poder de disposición sobre el derecho material: es decir, que la actividad jurisdiccional sólo puede iniciarse a petición de parte y, en consecuencia, prohibición al tribunal de

iniciar un proceso de oficio. Este aspecto del principio dispositivo se encuentra reconocido en los siguientes artículos:

“Art.5: La iniciación del proceso como la introducción de las pretensiones y excepciones incumbe a las partes. El Tribunal sólo podrá actuar de oficio y pronunciarse sobre pretensiones y excepciones que no se hubieren hecho valer por las partes cuando la ley lo faculte expresamente.

Las partes podrán disponer de sus derechos, salvo que ellos fueren indisponibles por mandato de la ley, y terminar, unilateralmente o de común acuerdo, el proceso pendiente en la forma prevista en la ley”.

“Art. 240: Todo juicio ordinario comenzará por demanda del actor, sin perjuicio de las medidas prejudiciales que pudiere solicitar en los casos previstos en la ley”.

2) Poder de determinación del objeto del proceso: este aspecto del mencionado principio lo hallamos en los requisitos que debe cumplir la demanda, los cuales están establecidos en el art. 242, específicamente: “n° 4: La narración precisa de cada uno de los hechos que configuran la pretensión, señalando los medios de pruebas pertinentes con los cuales pretenden acreditarse, y el derecho en que se funda”; y “n° 5: El petitório formulado con toda claridad y precisión”. Lo mismo ocurre con la contestación de la demanda, regulada en el art. 261, en la cual el demandado deberá señalar: “n° 3: Las defensas y excepciones que se oponen a la demanda y la exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho en que se apoyan”; y “n° 4: La enunciación precisa y clara, consignada en la conclusión, de las peticiones que se sometan al fallo del tribunal”.

3) Poder de disposición sobre la pretensión: se manifiesta en la posibilidad de desistirse de la demanda, lo cual está regulado en el art. 164, que en su inciso 1° dispone: “Después de notificada, podrá en cualquier estado del juicio desistirse de ella ante el tribunal que conozca del asunto en primera o segunda instancia, y esta petición se someterá a los trámites establecidos para los incidentes”.

4) Vinculación del tribunal por las pretensiones de las partes: se encuentra contemplado de manera general en el art. 195, que señala “Las sentencias se pronunciarán conforme al mérito del proceso, y no podrán extenderse a puntos que no hayan sido expresamente sometidos a juicio por las partes, salvo en cuanto las leyes manden o permitan a los tribunales proceder de oficio”. También se expresa en el art. 328, que señala que la

sentencia definitiva deberá contener: “nº 6: La resolución de las cuestiones sometidas a la decisión del tribunal”, el cual debemos concordar con el art. 366 que establece las causales específicas del recurso de nulidad y en la letra d) contempla como una de estas causales: “Cuando la sentencia se hubiere dictado *ultra petita*, esto es, otorgando más de lo pedido por las partes, o extendiéndola a puntos no sometidos a la decisión del tribunal, sin perjuicio de la facultad que éste tenga para fallar de oficio en los casos determinados por la ley”. Finalmente, dentro de las disposiciones generales relativas a los recursos procesales, encontramos una norma que contempla este aspecto del principio dispositivo. Se trata del art. 338, el cual en su inciso 1º establece: “El tribunal que conociere de un recurso sólo podrá pronunciarse sobre las solicitudes formuladas por los recurrentes, quedándole vedado extender el efecto de su decisión a cuestiones no planteadas por ellos o más allá de los límites de lo solicitado, salvo en los casos previstos por la ley”.

Luego del análisis de la normativa del Anteproyecto relativa a la aportación de los hechos al proceso, queda de manifiesto que se reconoce ampliamente y sin excepciones la plena vigencia del principio dispositivo, es decir, la iniciación del proceso, la determinación de su objeto y la decisión de continuar o poner término al mismo dependen exclusivamente de la voluntad de las partes y, además, todo lo anterior vincula al tribunal en la dictación de sus resoluciones, en virtud de la exigencia de congruencia de las mismas. Por lo tanto, las potestades materiales relativas a la aportación de los hechos corresponden en forma exclusiva a las partes, correspondiéndole al juez sólo facultades de dirección formal, las cuales, como bien señalamos en su oportunidad, nada tienen que ver con el contenido de la sentencia, sino con el control de los presupuestos para ejercer la acción y con el manejo de los tiempos procesales.

3.- Facultades probatorias oficiosas y el derecho a un debido proceso

Dentro de las normas del Anteproyecto encontramos las siguientes referencias al derecho a un debido proceso:

- En forma general, está reconocido expresamente en el art. 3, titulado debido proceso de ley y procedimiento, y dispone: “La jurisdicción deberá ser ejercida por un tribunal competente, independiente e imparcial, de acuerdo a un debido proceso, el que se desarrollará de conformidad a los procedimientos racionales y justos establecidos en este Código, salvo que exista otro procedimiento establecido en una ley especial”.

- De manera indirecta se encuentra reconocido también en el art. 132, que contempla una presunción de derecho del perjuicio, en los casos en que procede la nulidad de las actuaciones judiciales, dicho artículo establece: “Se presumirá de derecho la existencia del perjuicio si la infracción hubiere impedido el pleno ejercicio de las garantías y de los derechos reconocidos en la Constitución, o en las demás leyes de la República”. Haciendo una interpretación de esta norma, podemos concluir que se presumirá de derecho el perjuicio en los casos en que se vulnera el debido proceso, ya que se trata de un derecho fundamental reconocido en nuestra Carta Fundamental (art. 19 n° 3 inciso 5°).
- También se encontraría reconocido en forma indirecta en el art. 365, el cual contempla las causales genéricas del recurso de nulidad, señalando que dicho recurso procederá en contra de la sentencia: “a) Cuando en la tramitación del juicio o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes”. Al igual que en el caso anterior, estimamos que de vulnerarse el derecho a un debido proceso, durante la tramitación del juicio o en la dictación de la sentencia, sería procedente esta causal para entablar un recurso de nulidad, por estimarse éste como un derecho reconocido en nuestra Constitución y también en tratados internacionales.

Sin embargo, nuestro análisis se centra en dos aspectos del derecho a un debido proceso, cuales son: el derecho a un juez imparcial y el derecho de defensa de las partes.

En relación al derecho a un tribunal imparcial, coincido con la doctrina⁷² que postula que la iniciativa probatoria del juez no implica *per se* una vulneración a este derecho fundamental de los justiciables. Por el contrario, estas facultades del juzgador se tornan en verdaderos deberes funcionarios, es decir, en caso de falta de material probatorio para obtener la convicción de que se ha llegado a la verdad de los hechos controvertidos, el juez tiene el deber de agotar todas las herramientas probatorias con que cuenta, sin que por esa razón esté convirtiéndose en parte del proceso, sino que tan sólo está cumpliendo con su deber constitucional de dar tutela efectiva a los justiciables, de dictar una sentencia conforme a derecho y lo más ajustada a la verdad, cumpliendo así con uno de los valores

⁷² Esta doctrina fue analizada en extenso en el Capítulo I, pp. 21-23

esenciales de nuestro ordenamiento jurídico: la justicia. Además, como señala Silva Prado, debe tenerse presente que la garantía real de imparcialidad ha de encontrarse más bien en la motivación de las sentencias⁷³. El Anteproyecto, dentro de los principios básicos que deben regir el proceso civil, establece, en su art. 16, de manera general, la exigencia de fundamentación de las sentencias, al disponer:

“Será obligación del tribunal fundamentar todas las resoluciones que dictare, con excepción de aquellas que se pronunciaren sobre cuestiones de mero trámite.

La fundamentación expresará sucintamente, pero con precisión, los motivos de hecho y de derecho en que se basaren las decisiones tomadas. La simple relación de los documentos del procedimiento o la mención de los medios de prueba o solicitudes de los intervinientes no sustituirá en caso alguno la fundamentación.

El tribunal deberá hacerse cargo en la fundamentación de una sentencia de toda la prueba producida, incluso de aquélla que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones que hubiere tenido en cuenta para hacerlo.

La valoración de la prueba en la sentencia requerirá el señalamiento del o de los medios de prueba mediante los cuales se dieren por acreditados cada uno de los hechos y circunstancias que se dieren por probados. Esta fundamentación deberá permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia”.

Además, el art. 328, señala que la sentencia definitiva deberá contener: “nº 4: El análisis de toda la prueba rendida, los hechos que estime probados y el razonamiento que conduce a esa estimación; y nº 5: Los preceptos constitucionales, legales o los contenidos en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, las consideraciones jurídicas y los principios de derecho o de equidad en que el fallo se funda”.

De este modo, podemos observar que el Anteproyecto garantiza el derecho a un juez imparcial al establecer la exigencia de motivación de las sentencias, por lo que, en caso de que las partes vean vulnerado este derecho fundamental, quedan abiertas las vías

⁷³ Cfr. SILVA PRADO, JOSÉ PEDRO, “Iniciativa probatoria del juez en un nuevo orden procesal civil”, ob.cit., p.24.

de control por medio de los recursos procesales⁷⁴. Específicamente, resultaría procedente la interposición del recurso de nulidad, fundado en la causal del art. 365 letra a), ya analizado, puesto que se podría argumentar que en la tramitación del juicio o en la dictación de la sentencia se vulneró el derecho a un juez imparcial, el cual se encuentra garantizado tanto en nuestra Constitución como en tratados internacionales vigentes y ratificados por nuestro país.

Cabe ahora analizar lo referente al derecho de defensa de los justiciables. En el capítulo anterior veíamos que uno de sus aspectos fundamentales está constituido por el derecho de las partes a presentar toda la prueba relevante para acreditar la veracidad de sus alegaciones y defensas y que ésta sea debidamente considerada por el tribunal, pues bien, del análisis de las normas del Anteproyecto, podemos advertir que la atribución de facultades materiales al juez en cuanto a la introducción de pruebas al proceso en nada impide la aportación de prueba de las partes, incluso la iniciativa probatoria del juez tiene un carácter subsidiario, vale decir, tendrá lugar sólo cuando la prueba de parte resulte insuficiente para cumplir con su obligación de dictar una sentencia respecto al caso sometido a su decisión. Además, el fin del establecimiento de estas facultades probatorias del juez es la búsqueda de la verdad, con la consecuente dictación de una sentencia más justa, y no beneficiar a una de las partes en perjuicio de la otra. Incluso, muchas veces constituirá una garantía de este derecho, ya que se evita que esta verdad sea determinada por el poder, normalmente económico, de la parte más fuerte, más que por la valoración de toda la prueba relevante, así como también se evita que una o ambas partes oculten material probatorio relevante para la resolución del conflicto, pero que no les conviene que sea conocida por el juez.

En todo caso, si las partes estiman que su derecho de defensa ha sido vulnerado, resultaría procedente la interposición del recurso de nulidad, fundado en la causal del art. 365 letra a), por las razones recién expuestas a propósito del derecho a un juez imparcial.

Finalmente, resulta importante tomar en cuenta lo que ha dicho la doctrina que apoya el otorgamiento al juez de facultades probatorias, en lo relativo a que es necesario

⁷⁴ Vid. *Ibidem*, p.24.

centrarse en los límites del juez en el ejercicio de las mismas, con el fin de no vulnerar los derechos fundamentales de las partes⁷⁵.

⁷⁵ En cuanto a los límites al ejercicio de las facultades probatorias del juez, me remito a lo expuesto en el Capítulo I, pp. 22-23.

Conclusiones

Frente al problema que se presenta al atribuir iniciativa probatoria al juez, estimamos que no se vulnera de modo alguno los principios dispositivo y de aportación de parte, esto por las siguientes razones:

- No se vulnera el principio dispositivo, ya que el juez no puede apartarse del objeto de las pretensiones ni violentar el principio de congruencia;
- El principio de aportación de parte, por su carácter meramente técnico, admite excepciones, es decir, admite la posibilidad de que la prueba aportada por las partes sea complementada por el juez;
- La iniciativa probatoria del juez se justifica en la búsqueda de la verdad material de los hechos controvertidos, lo que deviene en la dictación de una sentencia más justa;
- Casi todos los sistemas procesales civiles modernos otorgan a los jueces facultades en materia probatoria, *v. gr.* Francia, Italia, España, Estados Unidos, Inglaterra, entre otros.

Por otro lado, tampoco se vulnera la imparcialidad del juzgador ni el derecho de defensa de los justiciables, por los siguientes motivos:

- La jurisdicción constituye un deber del Estado frente al derecho de acción del particular, por lo que es necesario atribuir al juez poderes suficientes para cumplir con tal deber;
- La prueba aportada por el juez no busca el beneficio del demandante en perjuicio del demandado, sino que busca dentro de los límites que las partes fijaron en el objeto del litigio, la verdad acerca de lo que ocurrió;
- La iniciativa probatoria del juez constituye una defensa a la garantía del debido proceso, ya que se evita que la verdad sea determinada por el poder de la parte más fuerte, más que por la ponderación de toda la prueba relevante;
- La iniciativa probatoria del juez tiene fundamentos constitucionales: la búsqueda de la justicia, así como el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Sin embargo, hay que tener presente que la iniciativa probatoria del juez debe desenvolverse dentro de ciertos límites:

- Debe circunscribirse a los hechos discutidos en el proceso y a las fuentes probatorias que consten en la causa;
- Se debe permitir ejercer el derecho de defensa de los litigantes, ampliando sus pruebas inicialmente propuestas;
- Para no vulnerar el derecho de defensa de las partes es necesario darles oportunidad para: a) controvertir la pertinencia o relevancia de la prueba que se intenta introducir; b) participar en su realización; c) producir contraprueba; d) discutir acerca de la eficacia de la prueba de oficio antes de la decisión;
- Estas garantías deben desarrollarse bajo un necesario contradictorio;
- Esta actividad probatoria sólo podrá ejercerse hasta antes de que la causa quede en estado de sentencia.

Dentro del Anteproyecto distinguimos: facultades de dirección formal del proceso y facultades materiales de dirección.

La dirección formal del proceso corresponde en forma exclusiva al juez, lo que se desprende de los artículos 6 y 275.

Las facultades materiales relativas a la aportación de los hechos, corresponden en forma exclusiva a las partes, lo cual queda de manifiesto al analizar los artículos 5, 240, 242 n° 4 y 5, 261 n° 3 y 4, 164, 195, 328 n° 6 en relación al artículo 366 letra d), y 338, por lo que existe una plena vigencia del principio dispositivo.

Las facultades materiales relativas a la aportación de las pruebas corresponden, en primer término, a las partes y, luego, se otorga al juez una serie de facultades probatorias, por lo que queda de manifiesto que el Anteproyecto presenta morigeraciones al principio de aportación de parte y, por lo tanto, se asume una concepción epistemológica de la prueba. También podemos observar una contradicción entre el art. 278, que coarta toda posibilidad del juez de aportar prueba, y la serie de normas que otorgan facultades probatorias al juez, principalmente el art. 27 n° 4.

En cuanto a la oportunidad que tiene el juez para introducir pruebas al proceso, no hay una norma que lo establezca de modo general, sin embargo, realizando una interpretación sistemática de las normas del Anteproyecto y teniendo en cuenta los límites

a que debe ceñirse el ejercicio de dichas facultades, podemos concluir que el juez deberá ejercerlas durante la audiencia de juicio.

Finalmente, cabe destacar que estas facultades probatorias que el Anteproyecto otorga al juez no afectan la garantía de imparcialidad, pues ésta se garantiza con la exigencia de motivación de las sentencias, contemplada en el artículo 16. Tampoco se vulnera el derecho de defensa, ya que la iniciativa probatoria del juez debe ejercerse frente a la insuficiencia de la prueba aportada por las partes. De todos modos, en caso de vulneración de estas garantías, procede el recurso de nulidad, fundado en la causal del artículo 365 letra a).

Bibliografía

- Alvarado Velloso, Adolfo, “Principios ideológicos que deben sustentar un nuevo Código de Procedimiento Civil. Análisis crítico de los Códigos Procesales de Latinoamérica”, en Seminario sobre Reforma Procesal Civil, Universidad Andrés Bello, <http://www.unab.cl/fcj/temp/alvarado.htm> (consulta: 10 agosto de 2007).
- Alvarado Velloso, Adolfo, “La imparcialidad judicial y el Sistema Inquisitivo de juzgamiento”, en Montero Aroca, Juan (coordinador), *Proceso civil e ideología: Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp.217-247.
- Anteproyecto de Código Procesal Civil, <http://www.minjusticia.cl> (consulta: 3 de abril de 2007).
- Arazi, Roland, “Límites a la verificación de la verdad material o histórica”, en AAVV: *Debido proceso*, Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2003.
- Ariano Deho, Eugenia, “En los abismos de la cultura del proceso autoritario”, en Montero Aroca, Juan (coordinador), *Proceso Civil e Ideología: Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 357-378.
- Bentham, Jeremías, *Tratado de las Pruebas Judiciales*, Editorial Comares, Granada, 2001.
- Bordalí Salamanca, Andrés, “Los poderes del Juez Civil”, en *Pensando en una nueva Justicia Civil* (en prensa).
- Bordalí Salamanca, Andrés, “El debido proceso civil”, en Ferrada Bórquez, Juan Carlos, (coordinador), *La Constitucionalización del Derecho Chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, pp. 251 – 295.
- Botto Oakley, Hugo, *Inconstitucionalidad de las medidas para mejor resolver*, Editorial Fallos del Mes, Santiago, 2001.
- Calamandrei, Piero, *Proceso y Democracia*, Ara Editores, Perú, 2006.
- Cappelletti, Mauro, *El Proceso Civil en el Derecho Comparado*, Ara Editores, Perú, 2006.
- Carnelutti, Francesco, *Cómo se hace un Proceso*, Editorial Temis, Bogotá, 1989.
- Carnelutti, Francesco, *Derecho Procesal Civil y Penal*, vol. I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971.
- Carocca Pérez, Alex, *Manual de derecho procesal*, Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2003.

- Chiovenda, José, *Principios de Derecho Procesal Civil*, Editorial Reus, Madrid, 1977.
- Cipriani, Franco, “El proceso Civil entre viejas ideologías y nuevos eslóganes”, en Montero Aroca, Juan (coordinador), *Proceso Civil e Ideología: Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp.80-108.
- Couture, Eduardo, *Fundamentos del Derecho Procesal*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1990.
- De la Oliva Santos, Andrés; Díez-Picazo Giménez, Ignacio; Vegas Torres, Jaime, *Derecho procesal. Introducción*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2004.
- Devis Echandía, Hernando, *Teoría General de la Prueba Judicial. Tomo I*, Editorial Zavalia, Buenos Aires, 1988.
- Diccionario RAE, <http://www.rae.com> (consulta: 29 mayo 2007).
- Gimeno Sendra, José Vicente, *Fundamentos del Derecho Procesal*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1981.
- Hunter Ampuero, Iván, “Poderes del juez civil: Algunas consideraciones a propósito del Juez de Familia”, en *Revista de Derecho Universidad Austral De Chile*, vol. XX, nº 1, 2007, pp.205-229.
- Maturana Miquel, Cristian, “Los principios que deben regir un nuevo proceso civil en Chile”, en *Boletín jurídico del Ministerio de Justicia: hacia una nueva justicia civil*, nº 7, Santiago, noviembre 2005, pp.9-20.
- Meneses Pacheco, Claudio, *Iniciativa probatoria del juez en el Proceso Civil*, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, 2001.
- Monteleone, Girolamo, “El actual debate sobre las ‘orientaciones publicísticas’ del proceso civil”, en Montero Aroca, Juan (coordinador), *Proceso civil e ideología: Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp.173-197.
- Montero Aroca, Juan, *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los poderes del juez y la oralidad*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- Montero Aroca, Juan, “El proceso civil llamado ‘social’ como instrumento de ‘justicia’ autoritaria”, en Montero Aroca, Juan (coordinador), *Proceso Civil e*

- Ideología: Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp.129-165.
- Montero Aroca, Juan, “Sobre el mito autoritario de la ‘buena fe procesal’”, en Montero Aroca, Juan (coordinador), *Proceso Civil e Ideología: Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp.130-164.
 - Ortells Ramos, Manuel, “Me inclino por un juez activo en la dirección del proceso”, en *Boletín jurídico del ministerio de justicia: Hacia una nueva justicia civil*, n° 7, noviembre 2005, pp.41-51.
 - Ovalle Favela, José, *Teoría General del Proceso*, Editorial Oxford University, México, 2001.
 - Palomo Vélez, Diego, “Proceso Civil Oral: ¿Qué modelo de Juez requiere?”, en *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile*, vol.18, n° 1, Valdivia, julio 2005, pp. 171 – 197.
 - Picó I Junoy, Joan, “El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: Un debate mal planteado”, en Montero Aroca, Juan (coordinador), *Proceso civil e ideología: Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 109-127.
 - Picó I Junoy, Joan, “La iniciativa probatoria del juez civil y sus límites”, en *Revista del Poder Judicial*, n° 51, III, 1998.
 - Salas Vivaldi, Julio, *Estudios de Derecho Procesal*, editorial Lexis Nexis, Santiago, 2006.
 - Silva Prado, José Pedro, “Iniciativa probatoria del tribunal en un nuevo orden procesal civil”, en *Boletín jurídico del Ministerio de Justicia: hacia una nueva justicia civil*, n° 7, Santiago, noviembre 2005, pp. 21 – 28.
 - Taruffo, Michele, “Investigación judicial y producción de prueba por las partes”, en *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile*, vol. XV, Valdivia, diciembre, 2003, <http://mingaonline.uach.cl/scielo> (consulta: 29 mayo 2007).
 - Verde, Giovanni, “Las ideologías del proceso en un reciente ensayo”, en Montero Aroca, Juan (coordinador), *Proceso Civil e Ideología: Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 52-79.
 - Wach, Adolf, *Conferencia sobre la Ordenanza Procesal Civil Alemana*, Ara Editores, Perú, 2006.