



UNIVERSIDAD DE CHILE
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Departamento de Derecho Procesal

**FACULTADES PROBATORIAS DEL JUEZ EN EL PROYECTO DE NUEVO
CÓDIGO PROCESAL CIVIL**

**Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias
Jurídicas y Sociales**

AUTOR: Jorge Raúl Córdova Labbé

PROFESOR PATROCINANTE: Francisco Ferrada Culaciati

Santiago, Chile

2018

A Angie y a mi Perry queridos, a Ana Paula y a mi Carolina hermosas

INDICE

RESUMEN	6
INTRODUCCIÓN	8
CAPÍTULO I	
Los poderes del juez civil: Estado de la cuestión en la doctrina nacional y comparada	
1.- El Estado Liberal y el sistema procesal civil	10
2.- El Estado Social y el sistema procesal civil	14
3.- Principios dispositivo, de aportación de parte y facultades probatorias oficiosas del juez.....	23
4.- La imparcialidad y las facultades probatorias oficiosas del juez.....	35
CAPÍTULO II	
La iniciativa probatoria del juez en el Proyecto de Nuevo Código Procesal Civil Chileno	
1.- Tramitación del Proyecto	48
2.- Facultades probatorias conferidas al juez civil	
a) Facultades formales de dirección	48
b) Facultades materiales	51
3.- Principio de aportación de parte, principio dispositivo y facultades probatorias oficiosas del juez en el Proyecto de Nuevo Código Procesal Civil	65
4.- La imparcialidad y las facultades probatorias oficiosas del juez en el Proyecto de Nuevo Código Procesal Civil	68
CONCLUSIONES	72
BIBLIOGRAFÍA	74

Resumen

En las páginas que siguen se aborda el problema que pudiera representar la atribución legal de facultades oficiosas en materia probatoria que el Proyecto de Nuevo Código Procesal Civil otorga al juez, intentando determinar si las mismas suponen la vulneración del principio dispositivo en lo referido a la introducción de elementos de hecho así como en lo que concierne a la distribución de tareas y roles procesales, o si dichas facultades transgreden el principio de aportación de parte, alterando el derecho de los litigantes para determinar el objeto litigioso, incorporando al proceso los hechos que lo configuran así como los medios necesarios para acreditarlos. En el mismo sentido se intentará precisar si las facultades oficiosas en materia probatoria conferidas al juzgador se confunden con sus facultades de dirección, o si, finalmente, ellas pudieran considerarse atentatorias al derecho de los justiciables a un juez imparcial, al debido proceso y a su legítimo ejercicio del derecho a defensa. Para afrontar la tarea propuesta se analizará el estado de la cuestión en la doctrina tanto nacional como extranjera, en lo que ella refiere a dichas potestades probatorias y a su relación con los principios dispositivo, de aportación de parte, al derecho de los justiciables a un tribunal imparcial, al debido proceso y a su derecho de defensa, para luego abocarse al estudio de los artículos del Proyecto de Nuevo Código Procesal Civil que configuran los poderes de instrucción del juez en materia probatoria, para establecer las facultades oficiosas con que inviste al Tribunal, su sentido y alcance, intentando determinar si dichos poderes resultan contradictorios con los conceptos individualizados precedentemente. Finalmente se expondrán las conclusiones respecto de la problemática planteada.

Introducción

En el mensaje con que El Presidente de República dio inicio a la tramitación del Proyecto de Ley que establece el Nuevo Código Procesal Civil (en adelante PNCPC), el 12 de marzo de 2012, el mandatario expuso, al definir los ejes centrales y principios que lo inspiran, que el resultado final de la Comisión Interministerial para la Reforma Procesal Civil, dispuesta por su gobierno para abocarse al estudio del PNCPC presentado en mayo del año 2009 por la administración anterior, *“se traduce en una propuesta moderna que se alinea con las tendencias de reforma mayoritariamente aceptada en el derecho comparado”* recogiendo *“las experiencias de más éxito llevadas a cabo en otros ordenamientos para la consecución de una tutela judicial más cercana al ciudadano, rápida, eficaz, de calidad y que por sobre todo, vele por el respeto y vigencia de los derechos constitucionalmente protegidos”*. A continuación el mensaje, luego de exponer acerca de la necesidad que el proceso civil garantice el acceso a una justicia rápida y eficaz que permita a los justiciables obtener una sentencia justa y fundada en derecho que resuelva sobre el fondo del asunto, con posibilidad real de ejecución, cuando ella sea necesaria, asume que *“en todo proceso civil hay un interés público comprometido en obtener una solución rápida, eficaz y justa del conflicto”*, entendiendo que *“el proceso civil no es un mero instrumento para la resolución de un conflicto intersubjetivo de intereses privados entre las partes y en el cual al juez solo le cabe un papel de mero observador hasta el momento de dictar sentencia”*, consagrando un *“cambio de paradigma en la concepción del rol y poderes del juez respecto del proceso y el sentido tradicional en que se ha entendido el principio dispositivo o de justicia rogada que inspira nuestro actual proceso civil, sin por ello derogarlo, sino al contrario, manteniendo su plena vigencia”*, otorgando al juez un rol activo y protagónico en la dirección e impulso del litigio sometido a su conocimiento, facultándolo para actuar de oficio adoptando 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 decisión del conflicto”*, confiriéndole, en lo que nos ocupa, *“un mayor protagonismo en el conocimiento de los asuntos, dotándolo de la facultad de decretar, hasta la audiencia preliminar, diligencias de prueba para el esclarecimiento de la verdad de los hechos controvertidos, pero respetando siempre el derecho de defensa de las partes”*, estimando que *“la determinación de la verdad de los hechos sometidos a juzgamiento, es un*

presupuesto indispensable de una sentencia que resuelva el conflicto en forma justa y, por ello no cabe escatimar a ese respecto la intervención del Juez”¹.

El cambio de paradigma en la concepción del rol y poderes del juez respecto del proceso de que da cuenta el mensaje del PNCPC constituye una definición ideológica y político procesal que no es pacífica en el ámbito de la doctrina, tanto nacional como extranjera, particularmente en lo que refiere a las facultades probatorias que le asigna, a cuyo estudio en particular nos abocaremos en el capítulo II. Mayoritariamente los autores se manifiestan favorables a otorgar iniciativa probatoria al juez para proporcionarle elementos de juicio que le permitan alcanzar conocimiento cabal de los hechos necesario para la adecuada resolución del conflicto, en concordancia con la concepción del juez como director activo del proceso sometido a su competencia, concibiendo generalmente estas potestades como supletorias y complementarias a la actividad de las partes, para evitar transformarlo en una figura autoritaria. *A contrario sensu*, otro sector de la doctrina niega el otorgamiento de estas facultades, advirtiendo acerca del origen autoritario de su génesis y sosteniendo que la proposición e incorporación de las pruebas al proceso corresponde únicamente a las partes, en concordancia con una adecuada aplicación de los principios dispositivo y de aportación de parte que informan el proceso civil, sosteniendo que la atribución de iniciativa probatoria a los jueces afecta el derecho de los justiciables a un juez imparcial y su legítimo derecho a defensa, configurando, con el excesivo protagonismo del juez, sumado al mandato legal que le impone la necesidad de descubrir la verdad de los hechos controvertidos, una señal de desconfianza hacia los profesionales del derecho que pudiera en el extremo llevar al juez a prescindir de ellos en el desarrollo y decisión de la *litis*, asumiendo este sector minoritario de la doctrina que las partes y sus abogados pueden administrar con mayor precisión los medios de prueba pertinentes para acreditar los hechos que sostienen como fundamentos de sus pretensiones.

Luego de dar cuenta del estado de esta discusión en la doctrina nacional y extranjera, analizaremos el contenido de las facultades probatorias oficiosas que el PNCPC entrega al Juez, para, finalmente, esbozar conclusiones respecto a su procedencia.

¹ MENSAJE N°004-360 con que S.E. El Presidente de República don Sebastián Piñera Echenique dio inicio a la tramitación del Proyecto de Ley que establece el Nuevo Código Procesal Civil, con fecha 12 de marzo de 2012, capítulo *“IV. EJES CENTRALES Y PRINCIPIOS QUE INSPIRAN EL NUEVO CÓDIGO”* numeral *“1. El proceso como instrumento para el ejercicio de la función jurisdiccional y el rol del juez”*, pp. 16, 17 y 18.

CAPÍTULO I:

La aportación de prueba por el juez en el proceso civil: Estado de la cuestión en la doctrina nacional y comparada

1.- El Estado Liberal y el sistema procesal civil

El sistema procesal civil vigente en el país encuentra su origen y fundamento ideológico en la influencia del pensamiento ilustrado del siglo XVIII y en la idea de Estado Liberal predominante en el siglo XIX, que proclamó la primacía del individuo frente al Estado, el reconocimiento y respeto de la propiedad privada y de la libertad de los hombres para intentar alcanzar sus propios fines, resultando primordial para la recepción jurídica de estos principios en la realidad nacional La Constitución de 1833 y el Código Civil, tal y como señala el historiador chileno Manuel Bastías Saavedra², destacando la particular relevancia que asume la idea o principio de la libertad contractual como eje articulador del sistema, siguiendo aquí al profesor Carlos Pizarro Wilson³ cuando afirma que: *“durante los siglos XVI al XIX el contrato pasó a ser el centro de toda la actividad económica, siendo la libertad contractual la pieza fundamental de las relaciones jurídicas privadas”,* ello como resultado de *“las profundas transformaciones políticas y sociales que se produjeron durante la primera etapa de la Edad Moderna, destacando la crisis de la monarquía y la adopción del absolutismo como sistema político, que van a tener su punto culminante con el desarrollo de la Revolución Industrial y la Revolución Francesa”,* hechos que *“darán lugar al esquema económico liberal que hizo del contrato la piedra angular de todo el sistema jurídico”.*

A las transformaciones a que alude el profesor Pizarro siguió un movimiento codificador en todo el continente europeo que tiene su origen en Francia con el *Code Napoléon* de 1804, cuerpo legal en que se plasma el modelo de contratación clásica que inspirará la mayoría de los códigos

² BASTÍAS SAAVEDRA, MANUEL. (2015). INTERVENCIÓN DEL ESTADO Y DERECHOS SOCIALES: TRANSFORMACIONES EN EL PENSAMIENTO JURÍDICO CHILENO EN LA ERA DE LA CUESTIÓN SOCIAL, 1880-1925. *Historia (Santiago)*, 48(1), 11-42. <https://dx.doi.org/10.4067/S0717-71942015000100001>, quien expone que: *“Aun cuando el liberalismo chileno oscilaba entre versiones clásicas a la Jean G. Courcelle-Seneuil y doctrinarias a la Zorobabel Rodríguez, su importancia en la dirección de la actividad estatal no se basó tanto en la influencia intelectual que ejerció entre la elite chilena como en el soporte jurídico que encontró en la Constitución de 1833 y en el Código Civil de 1855. La cuestión social, así, no solo se dirimía en debates intelectuales sobre temas de producción y distribución, sino que tenía una dimensión netamente jurídica que debía ser resuelta para que fuera concebible la intervención del Estado en temas relacionados con el derecho de propiedad y la regulación del contrato de trabajo. Ampliar la esfera de acción del Estado, por lo tanto, no solo significaba diseñar y ejecutar la política social sino que traspasaba funciones del Derecho Público hacia el terreno del derecho privado”.* (consulta 27 de febrero 2018)

³ PIZARRO WILSON, CARLOS. (2004). La eficacia del control de las cláusulas abusivas en el derecho chileno. *Estudios Socio-Jurídicos*, 6(2), 117-141. Retrieved February 27, 2018, from http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0124-05792004000200004&lng=en&tlng=es. (consulta 27 de febrero 2018)

Europeos y latinoamericanos, para los que la libertad contractual, “*expresión de lo que más tarde se conocerá como la autonomía de la voluntad*”, pasa a ser piedra angular, consagrando la amplia potestad de los particulares para obligarse, teniendo como fundamento el principio de igualdad de las partes contratantes, como los mejores garantes de sus propios intereses, facultados para rechazar los contratos que le sean perjudiciales. Mediante la libertad contractual los particulares crean derecho y se transforman en legisladores de sus relaciones privadas⁴.

El Estado mínimo o liberal permea así la doctrina civil y procesal con la concepción individualista y privada del procedimiento, que plasma jurídicamente la influencia de la ideología económica dominante centrando su discurso en el carácter hegemónico e imperturbable del derecho de propiedad y el derecho a la libre iniciativa empresarial, concibiendo la actividad estatal como residual, reservada solamente a garantizar el orden público, la seguridad interior y exterior de la nación y a proteger los derechos individuales destinados al cabal ejercicio de la libre iniciativa privada, traduciéndose todo ello en una fuerte abstención del aparato jurisdiccional que, siguiendo aquí al profesor Iván Hunter, en su configuración procesal debía carecer completamente tanto de facultades de manejo del *iter procesal* o directivas, como materiales o de aportación de pruebas. Ambas quedaban entregadas a la libre iniciativa de los litigantes, dado que el punto de inicio de toda la legislación que se quisiera llamar auténticamente liberal, partía por la necesaria comprensión de la naturaleza privada de los intereses o derechos subjetivos puestos en sede judicial, y de ahí que se diga que las partes eran “*dueñas del proceso*”⁵. Esto implicó, además, una clara distinción entre intereses públicos e intereses privados, configurándose la idea de que el proceso civil es un instrumento destinado a la satisfacción o tutela de intereses privados.⁶

Consecuentemente el proceso civil se configuró enteramente sobre el principio dispositivo, debiendo el poder público adoptar una actitud de abstención hasta el momento de dictar sentencia, teniendo presente que el conflicto que debe solucionar se presenta entre intereses privados, resultando de ello que las partes son dueñas tanto de los derechos sustantivos como de los procesales, con completa libertad de disposición, pudiendo determinar libremente el inicio y objeto del proceso, el material probatorio y el impulso procesal, conformándose y desglosándose el principio

⁴ Ibid

⁵ HUNTER AMPUERO, IVÁN A.: Las Facultades Probatorias del Juez de Familia, Santiago, Chile, Legal Publishing Chile, 2ª Edición, enero de 2012, p. 29.

⁶ MONTERO AROCA, JUAN, *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los poderes del juez y la oralidad*, Valencia, España, Tirant lo Blanche, 2001, p.60; WACH, ADOLF: Conferencias sobre la Ordenanza Procesal Civil Alemana, Lima, Perú, Ara Editores, p.67.

dispositivo, de acuerdo a la concepción liberal descrita y siguiendo aquí al profesor Claudio Palavecino Cáceres⁷, en los siguientes términos:

1° Principio de la demanda u oportunidad o de justicia rogada, designado también con los brocardos *"ne procedat iudex ex officio"* o *"nemo iudex sine actore"*, conforme al cual la actividad jurisdiccional sólo puede ser provocada a la instancia de parte. Implica, además, el señorío de las partes sobre la *litis*, de modo que, por ejemplo, los vicios procesales deben ser alegados por la parte interesada y no por el juez y el avance del proceso queda asimismo entregado a las ellas, lo que se conoce como *"impulso de parte"*.

2° Principio de exhaustividad y congruencia, que se identifica con el brocardo *"ne eat iudex ultra vel extra petita partium"*, según el cual el juez al resolver debe ajustarse estrictamente al objeto determinado mediante la actividad dialéctica de las partes, de manera tal que no puede conceder más de lo que las partes piden o algo distinto a lo pedido y debe necesariamente pronunciarse sobre todos los puntos discutidos en el juicio.

3° Principio de aportación de parte, que se relaciona con el brocardo *"iudex iudicare debet secundum allegata et probata partibus"*, interpretado en el sentido que corresponde exclusivamente a las partes tanto la alegación de los hechos que dan fundamento a sus pretensiones como la agregación de los medios de prueba destinados a formar la convicción del juez respecto de aquellas alegaciones.

En consecuencia, el proceso civil estructurado conforme a las características del principio dispositivo se conformó sobre la base de la igualdad formal de todas las personas y en la concepción de los derechos como facultades absolutas. Siendo el individualismo el criterio filosófico, político y económico imperante no es de extrañar que se concibiera al proceso civil judicial como una cuestión privada, que sólo interesaba a los litigantes que concurrían a la resolución de su disputa, llevando al extremo las facultades de disponibilidad de las partes respecto de sus derechos, asumiendo como válidas, paralela y conjuntamente, dos versiones del principio dispositivo: por un lado, el postulado de

⁷ PALAVECINO CÁCERES, CLAUDIO (2011). Sistemas procesales e ideologías. *Derecho y Humanidades*, (17). doi:10.5354/0719-2517.2011.16973, p. 20. En este artículo, calificado por el propio autor como *"provocador"*, se expone -en lo atinente a esta parte del estudio- que el principio dispositivo fue, desde los Griegos y por largo tiempo, la forma de resolver el conflicto intersubjetivo en el mundo occidental, hasta la aparición, a comienzos del Siglo XIII, del sistema inquisitivo para la investigación y represión de determinados delitos contra la religión, que cambió el paradigma procesal, pasando de medio para satisfacer el interés individual de las partes a instrumento para la realización de intereses supraindividuales, lo que *"es otra cosa que nada tiene que ver con el proceso"*. Describe luego el resurgimiento del principio dispositivo con el triunfo del liberalismo en el siglo XIX para luego advertir acerca del *"Reverdecer Neo-inquisitivo"* que supone, a su entender, el robustecimiento de los poderes de dirección del juez y sus facultades probatorias para averiguar *"la verdad"*, promovido por *"los grandes enemigos de la libertad, la trilogía totalitaria: nazismo, fascismo y socialismo"*. (consulta 28 de febrero 2018)

que los ciudadanos podían disponer de modo absoluto de sus derechos subjetivos e intereses objeto de la tutela jurisdiccional y; por el otro, que esa libertad también se proyectaba al proceso, por ende, las partes gozaban de señorío sobre los actos del mismo. En esta dinámica el referido principio comprendía tanto la esfera material de la tutela jurisdiccional (relación jurídico-material) como la netamente procesal (relación jurídico-procesal), esto es, el cause por el cual el Estado prestaba la tutela⁸. En el mismo sentido el profesor Tavolari sostiene que: *“concebido inicialmente el proceso como cosa de partes (Sache der Parteien), no puede extrañar que se les confiara a ellas – de siempre y en exclusiva – las más importantes instituciones que lo conforman o determinan: la decisión de demandar, el impulso, el objeto del proceso, etc., les pertenecían sin limitación, idea que se ha sintetizado en la llamada Verhandlungsmaxime, por la cual corresponde a las partes determinar el alcance y contenido de la disputa judicial o, invirtiendo los términos, que el tribunal queda limitado a la consideración de lo que los litigantes han planteado ante él.”*⁹

En suma correspondía al particular la potestad privativa de excitar al órgano jurisdiccional dando inicio al proceso, entregándole la facultad de definir la oportunidad que estime pertinente para impetrar la tutela de su derecho, determinando tanto el objeto y la causa de pedir en la pretensión, reservándose únicamente al demandado la facultad de ampliar el objeto del debate en la resistencia atendiendo a los fundamentos de la misma, quedándole vedada al juez cualquier intervención en esta etapa y resultando establecida de paso la exigencia de la debida congruencia que impone al fallador la necesidad de pronunciarse exclusiva y excluyentemente sobre todo lo pedido y lo debatido. Así la concepción liberal del proceso privaba también al juez de facultades materiales en el desarrollo del mismo con la finalidad de asegurar su carácter de tercero imparcial, garantizando a las partes el conocimiento de su litigio en el contexto de 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 que resuelve el litigio que se le presenta. Consecuencia lógica de lo anterior era que el juez no podía aportar hechos al proceso, ni disponer la práctica de diligencias de pruebas no propuestas por las partes, a las que estaba reservado el monopolio de la iniciativa probatoria. Así, una

⁸ HUNTER AMPUERO, IVÁN. (2010). El principio dispositivo y los poderes del juez. *Revista de derecho (Valparaíso)*, (35), 149-188. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512010000200005>, p. 151 (consulta 28 de febrero 2018). Llama el autor a pie de página, al finalizar el párrafo citado, para afirmar que: *“Sin lugar a dudas la comprensión acerca de lo que debía ser el proceso constituía el reflejo, en el ámbito de la judicatura, de los derechos de corte individual y económico como la propiedad. Como lo afirma Devis, Hernando, La iniciativa probatoria del juez en el proceso contemporáneo, en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, 4 (1967), p. 637, aquel concepto riguroso de derecho privado se reflejó intensamente en las nociones de acción y jurisdicción en materia civil y comercial, por ende, el juez debía ser totalmente pasivo, carente de iniciativa de impulso frente a la actividad de los litigantes y, al mismo tiempo, no debía gozar de ningún tipo de herramienta para investigar la verdad.”*

⁹ TAVOLARI OLIVEROS, RAÚL. (1994) *Tribunales Jurisdicción y Proceso*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1ª Edición, p. 13.

vez iniciado el proceso, determinado su objeto por las partes y establecido que son ellas las únicas facultadas para proponer y aportan los hechos, queda instaurada la absoluta desconfianza y prescindencia de la concepción liberal en el Estado y en la actuación de sus órganos, incluidos los jurisdiccionales, y se determinaba cómo se realizaba el proceso y quiénes era en realidad los que lo dirigían¹⁰, desconfianza manifiesta que convertía al juez en un mero espectador de la contienda, con severas limitaciones en su actuación, limitando su papel a la dictación de la correspondiente sentencia de mérito, promovida también sólo a instancias de los litigantes. En otras palabras, sostiene el profesor Hunter, el interés privado representado fundamentalmente por el derecho de propiedad y la libre iniciativa empresarial, se presentaba en el proceso a través del *principio dispositivo*, de manera que toda atenuación o excepción al mismo significaba una grave intromisión del aparato estatal en la esfera jurídica subjetiva de los justiciables.¹¹

2.- El Estado Social y el sistema procesal civil

Para abordar adecuadamente las potestades *ex officio* del juez civil y el fenómeno de la “*publificación*”, “*publicización*”, “*socialización*” del proceso civil o “*neoprocesalismo*”¹², resulta ineludible referirse al hito histórico científico que constituye la Ordenanza Procesal Civil Austriaca redactada por el jurista vienés Franz Klein el año 1895, cuerpo normativo que marca un antes y un después en el estado de la discusión y que sirvió de piedra angular a una corriente doctrinal muy influyente que inspiró ideológicamente leyes de enjuiciamiento posteriores, como el Código de Procedimiento Civil Italiano de 1940. La Ordenanza, generada por disposición del Emperador Francisco José I de Austria luego de más de cien años de vigencia del “*Código Josefino*” o “*Código General de Los Tribunales*” (“*Josephinische Gerichtsordnung*” o “*Allgemeine Gerichtsordnung*”) - que

¹⁰ MONTERO AROCA, JUAN, “El proceso civil llamado ‘social’ como instrumento de ‘justicia’ autoritaria” y “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*, Valencia, España, Editorial Tirant lo Blanch, 2006, pp. 141-143 y 304-307.

¹¹ HUNTER AMPUERO, IVÁN A.: *Las Facultades Probatorias del Juez de Familia*, Santiago, Chile, Legal Publishing Chile, 2ª Edición, enero de 2012, op. cit. p. 30.

¹² *Ibid.* p. 31; TAVOLARI OLIVEROS, RAÚL. (1994) *Tribunales Jurisdicción y Proceso*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1ª Edición, op. cit. p. 30; 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*, Valencia, España, Editorial Tirant lo Blanch, 2006, *ob. cit.* p.121; CAROCCA PÉREZ, ALEX, *Manual de Derecho Procesal*, Editorial LexisNexis, Santiago, Chile, 2003, pp. 65- 66; BORDALÍ, ANDRÉS, “*Los poderes del Juez Civil*”, en *Pensando en una nueva Justicia Civil*, Editorial Jurídica de Chile, 1ª Edición, 2007, p.2; PALOMO VÉLEZ, DIEGO, “Proceso Civil oral: ¿Qué modelo de juez requiere?”, en *Revista de derecho Universidad Austral de Chile (Valdivia)*, Vol.18, Nº 1, p.183; <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502005000100007> ; del mismo autor (2013) “LAS CARGAS PROBATORIAS DINÁMICAS: ¿ES INDISPENSABLE DARSE TODA ESTA VUELTA? *Ius et Praxis*, 19(2), p. 448. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122013000200015> (consulta 1º de marzo de 2018).

entró en vigencia en 1781 estableciendo el procedimiento civil aplicable para el imperio austrohúngaro y que se caracterizó por su escrituración, secretismo, sistema de prueba legal o tasada, su excesivo formalismo y un juez sin poderes materiales, formales o iniciativa, funcional únicamente a los designios de las partes- , surge gatillada por la contingencia política y social que enfrentaba el monarca, que en este ámbito implicaba la necesidad de adecuación del derecho procesal a un derecho sustantivo ya existente, el código civil austríaco de 1812. Entre los años 1815 y 1873 el emperador enfrentó la opinión crítica de parte importante de la doctrina austriaca, que abogaba por la necesidad de adecuación del "Código General" de justicia, como herramienta orgánico-procesal, modificando sus paradigmas por los principios de publicidad, oralidad, y libre valoración de la prueba, cambios que se hacían urgentes debido a la sobrecarga que el sistema de justicia enfrentaba por el exponencial aumento en el número de causas, motivado por la cada vez mayor necesidad de sus ciudadanos de acceder a la justicia, ya no sólo por cuestiones de propiedad (que eran mayoritarias y de cuantía considerable) sino por la necesidad de resolución de conflictos derivados de la industrialización en materia social, laboral y de las incipientes relaciones de consumo, que exigían una mejor, correcta y completa recopilación de los hechos y decisiones más oportunas en el tiempo.

Encargada la tarea de su redacción a quién luego sería su ministro de justicia (1906), el destacado jurista y catedrático Franz Klein, éste, distanciándose de las tendencias dominantes de su tiempo y como uno de los impulsores de las nuevas ideas, desarrolló su pensamiento sobre la premisa de reconocer y destacar la implicancia socioeconómica que va intrínsecamente ligada en el instituto procesal, del que resultaba que las controversias individuales constituían verdaderos y absurdos males sociales directamente relacionados con la pérdida de tiempo, derroche de recursos, infructuosa posibilidad de goce de los bienes patrimoniales en litigio, fomento de odio e ira entre las partes litigantes, así como de otras pasiones fatales para la convivencia, agregando el autor que el proceso, en la medida que bloquea bienes patrimoniales en espera de la decisión, incide negativamente en el normal desarrollo de la economía nacional, impidiendo la libre circulación de los mismos.¹³

Frente al panorama descrito resultaba primordial para el legislador establecer los mecanismos adecuados para poner término a los procesos en forma rápida, eficiente, económica y

¹³ HUNTER AMPUERO, IVÁN A. op. cit. p. 32. quien refiere seguir en este punto a CIPRIANO, FRANCO: "Nel centenario del Regolamento di Klein (Il processo civile tra libertà e autorità)" en *Ideologie e modelli del processo civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1997, pp. 27 a 56 y en menor medida lo recogido por FAIRÉN GUILLÉN, VÍCTOR: "El proyecto de la Ordenanza Procesal Civil Austriaca visto por Franz Klein", en *Revista del Derecho Procesal*, Año IV, N°1, 1950, pp. 11 y siguientes.

simple, configurando Klein una serie de premisas que, sintetizando aquí las ideas de los profesores Hunter y Pérez Ragone, se agrupan en los siguientes términos:

a) La dirección del proceso no podía ser dejada en manos de las partes, sino que correspondía al juez, en contraposición al principio sustentado por el Código Napoleónico y Germánico de impulso de parte. Los privados son los responsables del inicio y prosecución del proceso como así también de aportar la información fáctica y probatoria, bajo la supervisión de un juez revestido de potestades para la conducción del proceso y la facultad de requerir la cooperación de ambas partes para con el tribunal;

b) La exigencia que el proceso sea oral y público, y que el Estado, por medio del Juez, asuma desde el inicio la responsabilidad del andar del proceso y que luche por una individualización rápida de la verdad, sin complicaciones, mejorando con ello su celeridad;

c) La eliminación de la prueba legal y del juramento decisorio (característica tendencial del proceso liberal napoleónico y germánico), concibiendo al proceso como un desarrollo colaborativo que incumbe tanto a las partes, por el principio dispositivo y de aporte probatorio, como al tribunal, para afrontar la misión común de llevar adelante un proceso para arribar a una solución fundada en justicia y verdad, postulados que junto a la oficialidad y la oralidad, permitían entender la existencia de un nuevo sistema procesal.¹⁴

La concepción del Klein insta una así un modelo de juez nuevo, no circunscrito únicamente a la función de pronunciar la sentencia sino que facultado para administrar y gestionar el proceso de principio a fin, dotándolo de poderes discrecionales para dirigir el debate como representante calificado del bien común, con la finalidad de que instara por satisfacer, conjuntamente los intereses privados en pugna y el interés del Estado, al que no le resulta indiferente como se desarrolla la función jurisdiccional que el juez personifica, convirtiendo al proceso en la manifestación de un fenómeno social que supera el ámbito del conflicto intersubjetivo de partes, atendiendo a las externalidades negativas que la concepción liberal del proceso provocó a los intereses de la colectividad, decantando todo ello en esta nueva relación entre juez y partes.

Las ideas del jurista austriaco plasmadas en la Ordenanza de 1895, generaron la formación de una corriente doctrinal que, concordando con sus postulados, formuló sus tesis sobre la distinción precisa entre los intereses objeto del litigio y el proceso, dando origen al fenómeno de la publicación, publicización, socialización del proceso civil o “*neoprocesalismo*”, que insta por la

¹⁴ Ibid.; PÉREZ RAGONE, ÁLVARO. (2014). El revisionismo garantista en el proceso civil a través de las ideas de Franz Klein y Adolf Wach: Precisiones sobre eficiencia y derechos procesales. *Revista de derecho (Valparaíso)*, (42), 523-551. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512014000100016>; p.530 (consulta 2 de marzo de 2018)

configuración de un juez con amplias potestades procesales y materiales, atenuando el principio dispositivo y sustrayendo de la esfera de injerencia privada aquello que interesaba al Estado para el adecuado cumplimiento de sus funciones en el ámbito jurisdiccional, entregándoselo al juez, sin que resultara por ello que los intereses particulares comprometidos en el litigio se transformaran en públicos, determinándose como fundamental la definición del proceso como cuestión de interés general, en lo que mira a su acertado y oportuno desarrollo y a la sentencia como corolario de la adecuada aplicación del derecho.

No obstante, el profesor Hunter, en honor a la justicia histórica, reconoce que la génesis de esta visión del proceso fue postulada casi dos décadas antes por el jurista alemán Adolf Wach, que comentando la Ordenanza Procesal Civil Alemana expuso que *“la relación entre el juez y las partes no se puede someter a un principio simple. El interés privado y el interés oficial influyen de modo decisivo. La relación del litigio, el proceso, es una relación jurídico pública: una relación entre el Estado administrador de justicia y los litigantes que buscan protección jurídica. El objeto del litigio es de naturaleza puramente jurídico-privada: una relación jurídica sólo entre demandante y demandado. La disposición de las partes tiene que influir en el proceso. Pero sólo influir en él dentro de los límites que el interés oficial que el Estado tolera”,* agregando luego que *“el interés oficial del Estado en la persecución ordenada del derecho se cuida mediante la dirección del proceso y el conocimiento por parte del juez”*.¹⁵

En el mismo sentido otros autores coinciden en señalar que queda vedado a las partes la posibilidad de determinar libremente la modalidad cómo el proceso debe desenvolverse¹⁶, sintetizando Monteleone la idea cuando concibe -desde la crítica- la concepción publicística del proceso civil como aquella que somete a las partes, sus derechos sustanciales y procesales a la 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 civil¹⁷. Coincide con algunos elementos de esta definición el profesor Couture, cuando refiriéndose al proceso judicial señala que éste, con su debate de las partes interesadas y recaudación de pruebas, apunta hacia la cosa juzgada, esto es, hacia la solución (eventualmente coactiva del conflicto de intereses). Ese fin es privado y

¹⁵ HUNTER AMPUERO, IVÁN A. op. cit. p. 34; WACH, ADOLF, op. cit. pp. 67, 68 y 79.

¹⁶ CAPPELLETTI, MAURO: *El Proceso Civil en el Derecho Comparado, Las grandes tendencias evolutivas*, trad. de Sentís Melendo, Edit. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, Argentina. 1973, pp. 53-54; PICÓ I JUNOY, JOAN, *“El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: Un debate mal planteado”*, op. cit., p.121.; CAROCCA PÉREZ, ALEX, op.cit., pp. 65-66;

¹⁷ MONTELEONE, GIROLAMO, *“El actual debate sobre las ‘orientaciones publicísticas’ del proceso civil”*, en *Proceso civil e ideología*, op. cit., p. 173.

público a la vez. Es privado en cuanto interesa a las propias partes hacer cesar su conflicto. Al actor se asegura la efectividad de su derecho cuando su pretensión es justa; al demandado le asegura el rechazo de la demanda, cuando la oposición es justa. Pero junto a ese interés privado, el proceso tiene una finalidad que interesa a la comunidad. Esa finalidad de carácter público consiste en asegurar la efectividad del derecho en su integridad. El proceso es un instrumento de producción jurídica y una incesante forma de realización del derecho.¹⁸

A su turno, el jurista Mauro Capelletti argumenta que la idea detrás del fenómeno de la publicación se refería a que *“si el juez debe ser una persona del proceso, no solamente una persona (o un colegio de personas) que juzga al final del proceso, entonces es también necesario que al juez le correspondan ciertos poderes de dirección y de control del proceso mismo o por lo menos del debate público, del trial”*¹⁹, ello debido a que el proceso civil junto con constituir una forma de resolución pacífica de conflictos intersubjetivos entre privados, los que pueden disponer libremente de su objeto material, referido a los derechos e intereses legítimos cuya tutela buscan cautelar, representa igualmente la manifestación y ejercicio de una función pública estatal, razón por la que las partes carecen de facultades para disponer del proceso mismo, entendido como la forma en que se desarrolla la jurisdicción.

Estas ideas penetraron profundamente en la doctrina procesal italiana y española, que mayoritariamente suscribió la concepción publicista del proceso, predominando en su influencia durante el siglo XX en Europa Continental y en Latinoamérica hasta nuestros días, tal como dan cuenta los párrafos del Mensaje del PNCPC citados en la introducción y el sentido y alcance de las normas de su articulado, que analizaremos en el capítulo II, resultando plenamente aceptadas y adoptadas por la mayoría de las actuales legislaciones procesales civiles de Europa y América, del *common law* y del *civil law*, que recogen en mayor o menor medida esta idea socializadora y atribuyen al juez poderes para conducir rápidamente el proceso, a la par de ciertas iniciativas procesales en materia probatoria.²⁰

No obstante, el debate continúa sin poder avizorarse su punto de término, sostenido por un sector de la doctrina española, italiana y sudamericana – Juan Motero Aroca en España, Girolamo

¹⁸ COUTURE, EDUARDO: *Introducción al estudio del derecho procesal*, Buenos Aires, Argentina, Ediciones Depalma, 1988, p. 56.

¹⁹ CAPPELLETTI, MAURO: *El Proceso Civil en el Derecho Comparado, Las grandes tendencias evolutivas*, trad. de Sentís Melendo, Edit. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, Argentina. 1973, op. cit., p. 60.

²⁰ PICÓ I JUNOY, JOAN, *“El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: Un debate mal planteado”*, op. cit., p. 110; BORDALÍ, ANDRÉS, *“Los poderes del Juez Civil”*, en *Pensando en una nueva Justicia Civil*, op. cit., p.7; TARUFFO, MICHELLE, *“Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa”*, en *“La prueba. Artículos y Conferencias”*, Santiago, Chile, Editorial Metropolitana, 2009.

Monteleone y Franco Cipriani en Italia, Adolfo Alvarado Velloso en Argentina, Botto, Carocca, Palavecino y Palomo en Chile, entre otros - que razona reiteradamente sobre el origen autoritario y antiliberal de la Ordenanza Procesal Austriaca de 1895, del Código de Procedimiento Civil italiano de 1940 y la legislación alemana nacionalsocialista (y que decir de las que regulaban el proceso civil en la órbita de los socialismos reales europeos) cuyas bases ideológicas estarían imbricadas en el autoritarismo propio del imperio austrohúngaro, del fascismo y nazismo que las promulgaron respectivamente, por lo que el cambio de paradigma hacia la publicización del proceso, habiendo surgido en esas circunstancias, no puede sino calificarse de antiliberal y opuesto diametralmente a una concepción garantista del mismo, que caracterizado por sus referencias a la verdad material y por el aumento de las facultades probatorias del juez resulta en una desmedida ampliación en este ámbito de los poderes del Estado frente a los particulares y por tanto ineludiblemente totalitaria²¹, concluyendo esta doctrina, autodenominada “*garantista*”, que cualquier legislación que consagrara potestades oficiosas a los jueces se consideraría antiliberal, mirada escéptica que implica asociar el principio dispositivo como sinónimo de libertad y las excepciones o atenuaciones al mismo como reflejo de la impronta autoritaria del Estado que invade la esfera privada de los individuos, entrometiéndose para imponer su autoridad en el espacio del conflicto privado, transformando la posición de control material o formal del proceso en una intervención en la naturaleza privada del objeto procesal, terminando con el principio dispositivo.²²

Resulta relevante destacar, para refutar la tesis en lo que refiere a la Ordenanza de Klein, que dicho cuerpo legal observa el principio dispositivo en la medida que respeta el *nemo iudex sine actore*, siendo los hechos aportados exclusivamente por las partes, articulando ellas el contradictorio ante el juez del que emanaba la sentencia, por lo que no puede ser considerada necesariamente como autoritaria, observando el profesor Bordalí²³ que el hecho que el juez tuviera el dominio de los tiempos procesales y pudiera ejercer una actividad oficiosa en materia de prueba no lo hace merecedor de tal calificativo. En el mismo sentido sostiene Capelletti, en lo que toca al Código de Procedimiento Civil Italiano de 1940, que éste reconoce el carácter privado y disponible de los derechos, reconociendo el principio dispositivo cuando afirma el monopolio de las partes para iniciar

²¹ MONTERO AROCA, JUAN: *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los poderes del juez y la oralidad*, op. cit., pp.67 a 69; del mismo autor: *El proceso civil llamado “social” como instrumento de “justicia” autoritaria*, en *Proceso e Ideología*, op. cit. pp. 130 a 164; CIPRIANI, FRANCO: “*El proceso civil entre nuevas ideologías y nuevos eslóganes*”, en *Proceso Civil e Ideología*, op. cit, pp. 82 a 95; MONTELEONE, GIROLAMO: “*Principio e ideologías del proceso civil. Impresiones de un “revisionista”*”, en *Proceso civil e Ideología*, op. cit., pp. 97 a 107; ALVARADO, ADOLFO: *Garantismo procesal contra actuación judicial de oficio*, Valencia, España, Tirant lo Blanch, 2005.

²² HUNTER AMPUERO, IVÁN A.: *Las Facultades Probatorias del Juez de Familia*, op. cit. p. 37.

²³ BORDALÍ, ANDRÉS, “*Los poderes del Juez Civil*”, en *Pensando en una nueva Justicia Civil*, op. cit., p.3;

el proceso, de disponer de su objeto, la vinculación del juez a la demanda y alegaciones de las partes que refieren a los hechos constitutivos, modificativos o extintivos y a sus poderes de impugnación, determinando su límite y objeto.

Este último autor concluye luego, al estudiar comparativamente los sistemas procesales civiles en Europa occidental, del *common law* y de la oriental, que en los primeros los poderes de control formal y dirección del proceso asignados a los jueces no transgreden el principio dispositivo, por su carácter formal referidos al desarrollo técnico del litigio, no sobrepasando la facultad de las partes de determinar monopólicamente su objeto material, que es la esencia del referido principio, así como observa, constatando las importantes diferencias que adopta la configuración del principio dispositivo en todos estos países, que en los europeo orientales, ex-comunistas, las potestades del Estado lo facultan para intervenir el proceso vulnerando los derechos privados objeto de la disputa, iniciándolo de oficio, otorgando más de lo pedido por las partes, agregando hechos diversos a los sostenidos por los litigantes y entregando facultades de impugnación a órganos públicos, mostrando con ello la confusión e inconsistencia del análisis *garantista* que se limita a asociar facultades probatorias del juez con autoritarismo y la ausencia de ellas con un régimen liberal, cuando la complejidad de la realidad aconsejaría un análisis más riguroso.²⁴

A su turno el jurista Michele Taruffo sugiere primeramente una terapia lingüística que proscriba el término “*inquisitorio*” para referirse al proceso civil, por resultar inútil y llamar a la confusión evocando el espectro de la Santa Inquisición, ello porque no existe en la actualidad ningún ordenamiento civil que pueda considerarse como tal, recomendando referirse a “*modelos mixtos*” para describir a los numerosos ordenamientos procesales que prevén poderes de instrucción más o menos extensos del juez, junto con la plena posibilidad de las partes de aportar todas las pruebas admisibles y relevantes para la determinación de los hechos, destacando la ausencia de implicaciones necesarias entre la adopción del principio dispositivo en sentido propio, o sustancial, y la opción de no atribuir al juez ningún poder de instrucción autónomo, existiendo numerosos modelos de proceso que cumplen a cabalidad con este principio, atribuyendo a las partes el poder exclusivo para iniciarlo y determinar su objeto, y además confieren al juez importantes poderes de iniciativa instructora. Adicionalmente, reflexiona respecto a la distinción entre concepción “*publicista*” y “*privatista*” del proceso civil, indicando que, al margen que la primera predomina en todos los ordenamientos jurídicos modernos, se trata de una distinción irrelevante en lo que refiere al tema de los poderes de instrucción del juez.

²⁴ CAPPELLETTI, MAURO: *El proceso civil en el derecho comparado*, Lima, Perú, Ara Editores, op. cit., pp. 36 a 50 y 70 y 71.

El destacado profesor italiano se aboca, a continuación, a la cuestión de si los poderes de instrucción del juez pueden considerarse un problema político, por implicar la aceptación de una ideología antiliberal y sustancialmente autoritaria o incluso totalitaria, habida cuenta del *revival* de la cuestión especialmente en España e Italia, exponiendo la falta de claridad de estos postulados, que suponen que la presencia de un juez dotado de dichas facultades indicaría que se está ante un sistema autoritario y la ausencia de las mismas frente un sistema auténticamente liberal, debido a que la tesis no especifica si se refiere a la impronta autoritaria del proceso que otorga poder de iniciativa instructora al juez o si se debe considerar como autoritario, totalitario y antiliberal al *sistema político* en que tales poderes le fueren atribuidos al mismo. En el primer caso, si se aceptara la convención de llamar al proceso “*autoritario*” o “*liberal*” dependiendo de la presencia o no de un juez dotado de iniciativa probatoria, pudiera resultar incongruente definir de manera simplista como “*liberal*” un proceso caracterizado por el monopolio de los medios de prueba por las partes, que podría ser “*antiliberal*” desde otras perspectivas al no asegurar, por ejemplo, la independencia del juez. Resulta igualmente impropio o más referir a un proceso con un juez dotado de poderes de instrucción como “*autoritario*”, *siendo posible configurar tales poderes como puramente supletorios y complementarios respecto de las partes, y pudiendo el juez desempeñar un papel secundario, o marginal, en la recolección de las pruebas, ocurriendo eventualmente, como pasa de común, que el juez no ejerza estas facultades, por lo que no tendría una gestión autoritaria en la instrucción probatoria.* Hace presente el autor sobre el punto que esta terminología, por la valoración negativa que conlleva, no es inocua, desaconsejándola por ser inútil fuente de confusiones y malentendidos.

Aborda luego la segunda hipótesis, que conecta directamente la presencia de poderes de instrucción del juez y la naturaleza autoritaria del sistema político, para exponer la falta de adecuada articulación de la tesis en una teoría política sustentable, desde que no distingue los diversos tipos de regímenes políticos que se califican como autoritarios, tratando conjuntamente cosas diferentes como fascismo, comunismo, socialismo, Estado asistencial e intervencionista o Estado social, resultando la calificación de “*autoritario*” tan vaga y genérica que termina careciendo sustancialmente de sentido, lo mismo cuando la hipótesis habla de liberalismo sin precisar sus elementos o grados, concluyendo de ello que quienes sostienen esta posición no se interesan por la teoría política ni se ocupan de definir los conceptos políticos empleados, no obstante resultar claro el tipo de sistema objeto de sus preferencias: genéricamente el de los sistemas del siglo XIX que se regían por las concepciones del proceso civil típicas del individualismo propietario, que exaltaba la autonomía de las partes como valor absoluto y prioritario, a cumplir a cualquier costo y a privilegiar

respecto de cualquier exigencia de funcionalidad y eficiencia del procedimiento. Estas ideas no tienen en cuenta que la contraposición fundamental no es entre liberalismo y autoritarismo sino entre Estado democrático y Estado autoritario, distinción determinante si se considera la existencia de sistemas políticos inspirados en determinados aspectos de la ideología liberal que no podrían definirse como democráticos, así como la existencia de regímenes autoritarios en los que el proceso civil se basaba en el monopolio de las partes respecto de la conducción del proceso y de la disponibilidad de los medios de prueba (cita el Código de Napoleón de 1806, el Reglamento Procesal Austriaco de 1815, la vigencia hasta 1942 del código “liberal” en la Italia fascista y la “liberal” Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 que se mantuvo en vigor en la España franquista) o, por el contrario, numerosos sistemas democráticos en los cuales el juez dispone de amplios poderes de instrucción, como ocurre actualmente en Francia, Suiza y Alemania, quedando así demostrada para el autor la clara inconsistencia de las ecuaciones “*poderes de instrucción del juez = régimen autoritario*” y “*juez pasivo = régimen liberal*”, no existiendo ninguna conexión entre la atribución al juez de poderes más o menos amplios de iniciativa instructora y la vigencia de regímenes políticos autoritarios o antidemocráticos.

Concluye Taruffo el curso de sus ideas, luego de repasar las facultades probatorias conferidas al juez por los principales ordenamientos procesales civiles europeos y E.E.U.U., demostrando que en la mayoría de estos países –respecto a cuyo carácter democrático no es posible tener dudas sensatamente - se configura una función activa del juez en la adquisición de las pruebas relevantes para la determinación de los hechos, pudiendo observarse que sus ordenamientos no se inspiran en una ideología liberal clásica, propia del siglo XIX, dado que en muchos de ellos el Estado asume un papel activo en numerosos aspectos de la vida social, problema distinto que atañe en general a la función del Estado como la definen los ordenamientos modernos, en los que junto con asignar al juez las referidas potestades se cumple cabalmente con el principio dispositivo, las garantías de defensa y el principio de contradicción, siendo posible que un sistema no se inspire en la ideología liberal del siglo XIX sin que por ello deje de ser democrático y sin resultar autoritario porque atribuye al juez un papel activo en la adquisición de las pruebas, precisando, además, que un juez potencialmente “*activo*” para complementar las iniciativas probatorias de las partes, dentro de un contexto procesal en el que estén aseguradas las garantías de las partes en el ámbito de un sistema político democrático, y un juez inquisidor en el marco de un sistema político y procesal autoritario, son cosas completamente distintas, presentándose el primer caso en la gran mayoría de los sistemas procesales modernos, en el que se cumple con el principio dispositivo, las garantías de defensa y el principio de

contradicción, pero en los que el juez dispone de poderes más o menos amplios de iniciativa instructora, no presentándose el segundo caso en ninguno de los ordenamientos europeos, ni en la mayoría de los extra-europeos. La diferencia entre un juez “activo” y uno “autoritario” –señala el autor - se constata por el hecho de que la función “activa” del juez para la adquisición de las pruebas se configura claramente como complementaria y supletoria a la actividad probatoria de las partes, de modo que cuando estas últimas ejercen plenamente su derecho a proponer todas las pruebas disponibles, proporcionando al juez elementos suficientes para la determinación de los hechos – como ocurre frecuentemente en la práctica – no hay necesidad que el juez ejerza sus potestades de instrucción. Lo anterior no demuestra que la atribución de facultades probatorias al juez constituya sólo una opción “técnica” sino que, por el contrario, es una sustancialmente ideológica, que no se ubica, esta vez, en los fundamentos o bases teóricas del sistema político, sino en lo que atañe a la ideología que se asuma sobre la función del proceso civil y la decisión con que este concluye, inclinándose Taruffo por seguir en este punto la “ideología legal-racional” de la decisión judicial de Jerzy Wróblewski, que pone en el centro del problema de la administración de justicia la calidad de la decisión, basada en una aplicación correcta y racionalmente justificada del Derecho, en que la labor jurisdiccional no se reduce sólo a una contienda entre individuos privados sino que debe orientarse igualmente al cumplimiento de su función pública y la obtención de decisiones justas, en que la orientación favorable a la atribución de poderes de instrucción al juez se sustenta en esta opción, para la cual la calidad de la decisión que concluye el proceso no es de ningún modo indiferente ni irrelevante, sino que, por el contrario, debe tender a basarse en una determinación verdadera de los hechos de la causa.²⁵

3.- Principios dispositivo, de aportación de parte y facultades probatorias oficiosas del Juez

Entendiendo por “prueba” la actividad procesal desarrollada por las partes que pretende o persigue que el juez adquiera el convencimiento sobre la verdad o certeza de una afirmación fáctica²⁶ - y sin entrar a analizar otras problemáticas relacionadas con el fenómeno probatorio como la

²⁵ TARUFFO, MICHELLE: “Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa”, en “La prueba. Artículos y Conferencias”, Santiago, Chile, Editorial Metropolitana, 2009, op. cit.

²⁶ CARNELUTTI, FRANCESCO: *Cómo se hace un Proceso*, México, Editorial Colofón, 1996 4ª Edición, p.68; COUTURE, EDUARDO, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, op. cit. p. 217; CHIOVENDA, JOSÉ, *Principios de Derecho Procesal Civil*, Madrid, España, Editorial Reus, 1977, p. 296; DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO, *Teoría General de la Prueba Judicial*. Buenos Aires, Argentina, Editorial Zavalia, Buenos Aires, 1988, Tomo I, p.29; OVALLE FAVELA, JOSÉ, *Teoría General del Proceso*, 6ª Edición, México, Oxford University Press, 2005 p.306.

distinción entre fuente y medio de prueba, el estándar de convicción o la llamada “*carga dinámica*” que el PNCPC anuncia en el mensaje y consagra en el inciso segundo de su artículo 294²⁷ -, para analizar la iniciativa probatoria, definida previamente esta última como la facultad o derecho de las partes o la potestad del juez para proponer prueba, así como el acto de ejercer tal derecho o potestad (se dirá entonces 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 fines²⁸), corresponde precisar los distintos momentos en que se desarrolla la actividad probatoria en el proceso que, siguiendo aquí al profesor Devis Echandía, se despliegan en cuatro estadios: a) el primero referido a la proposición o aportación de la prueba, en el que se ofrece el o los medios con que se pretende acreditar el o los hechos; b) el segundo circunscrito a la admisión de la misma, en el que se determina la idoneidad y procedencia del o los medios propuestos; c) una tercera etapa de ejecución o producción, en el que el o los medios son practicados en la causa; y d) una última reservada a la valoración de la prueba rendida, en la que se determina su mérito. La iniciativa probatoria se relaciona con el primero de estos momentos²⁹. La iniciativa probatoria del juez, por su parte, consiste en aquella potestad, con sus diversas variantes, que el ordenamiento entrega al magistrado para ordenar o disponer la aportación de pruebas al proceso³⁰.

Ahora bien, cuando nos referimos al principio dispositivo hacemos referencia a uno de los conceptos más recurridos del proceso civil moderno, evocando el conjunto de condiciones que debe recoger este ordenamiento para incorporar y dar operatividad a ciertos atributos del derecho subjetivo y al interés legítimo que es su objeto, ello debido a su carácter instrumental y su

²⁷ Respecto del primer tema vid. MENESES PACHECO, CLAUDIO. (2008). SOURCES OF EVIDENCE AND EVIDENCE IN CIVIL PROCEDURE. *Ius et Praxis*, 14(2), 43-86. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122008000200003> (consulta 5 de marzo de 2018); En lo que refiere al segundo vid. FUENTES MAUREIRA, CLAUDIO, "CONSIDERACIONES ENTORNO A LA IDEA DEL ESTÁNDAR DE CONVICCIÓN EN EL PROCESO CIVIL / SOME THOUGHTS ABOUT THE STANDARD OF PROOF IN CIVIL PROCEEDINGS" Santiago *Justicia Civil y Comercial: Una Reforma ¿Cercana?* (2011) https://works.bepress.com/claudio_fuentes_maureira/8/ (consulta 5 de marzo de 2018); y en PRÜTTING, HANNS. (2010): CARGA DE LA PRUEBA Y ESTÁNDAR PROBATORIO: LA INFLUENCIA DE LEO ROSENBERG Y KARL HAINZ SCHWAB PARA EL DESARROLLO DEL MODERNO DERECHO PROBATORIO. *Ius et Praxis*, 16 (1), 453-464. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122010000100015> (consulta 5 de marzo de 2018); finalmente, en lo referido a la carga probatoria dinámica vid. PALOMO VÉLEZ, DIEGO (2013): “LAS CARGAS PROBATORIAS DINÁMICAS: ¿ES INDISPENSABLE DARSE TODA ESTA VUELTA? *Ius et Praxis*, 19(2), op.cit. (consulta 1° de marzo de 2018); y en Mensaje N°004-360 que dio inicio a la tramitación del Proyecto de Ley que establece el Nuevo Código Procesal Civil, capítulo “IV. EJES CENTRALES Y PRINCIPIOS QUE INSPIRAN EL NUEVO CÓDIGO” numeral “1. El proceso como instrumento para el ejercicio de la función jurisdiccional y el rol del juez”, p. 18.

²⁸ MENESES PACHECO, CLAUDIO, *Iniciativa probatoria del juez en el Proceso Civil*, Edit. Jurídica Conosur, Santiago, Chile, 2002, p.12.

²⁹ Vid. DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO, *Teoría General de la Prueba Judicial*. Buenos Aires, Argentina, 1972, ob.cit., p. 276.

³⁰ MENESES PACHECO, CLAUDIO, *Iniciativa probatoria del juez en el Proceso Civil*, Edit. Jurídica Conosur, Santiago, Chile, 2002, op. cit. p.33.

permeabilidad a la ideología político-económica, que permite recoger una serie de instituciones que dan cabida a la libre disponibilidad del derecho o interés individual que se controvierte, proyectando a la esfera judicial la autonomía negocial que goza el titular del derecho e incorporando reglas precisas que reconozcan su plena disponibilidad, no pudiéndose discutir la actuación del principio dispositivo en el seno de un Estado Democrático de Derecho como el nuestro, donde la afirmación de la autonomía individual y la protección constitucional de la propiedad constituyen los ejes articuladores del sistema económico, habiendo cierto consenso al momento de identificar un conjunto central de reglas que se fundamentan en la naturaleza privada y disponible de los derechos³¹.

Para Devis Echandía³² el principio dispositivo consiste en que corresponde a las partes la iniciativa en general y que el juez debe atenerse exclusivamente a la actividad de éstas sin que le sea permitido tomar iniciativas encaminadas a iniciar el proceso ni establecer la verdad para saber cuál de ellas tiene la razón en la afirmación de los hechos, individualizando Montero Aroca³³ como elementos que componen y caracterizan este principio los siguientes:

i) la actividad jurisdiccional sólo puede iniciarse a petición de partes, en concordancia con los aforismos *nemo iudex sine actore* y *ne procedat iudex ex officio*;

ii) la determinación del interés cuya satisfacción se solicita a los órganos jurisdiccionales es facultad exclusiva de las partes;

iii) los órganos jurisdiccionales al satisfacer, por medio del proceso y de la sentencia, intereses privados, deber ser congruentes con la pretensión y la resistencia formuladas (*ne eat iudex ultra vel extra petita partium*); y

iv) si las partes son las únicas que pueden dar inicio a la actividad jurisdiccional, recaer sobre ellas la obligación de dar impulso a su continuación y el ponerle fin a la misma, disponiendo del interés cuya satisfacción se solicita (*res in iudicium deductae*).

Así configurado, el principio dispositivo afirma el monopolio de las partes para iniciar el proceso estableciendo que la actividad jurisdiccional solo puede activarse a petición de los particulares, entregando igualmente a las partes la determinación concreta del interés cuya satisfacción se solicita y provocando la vinculación del juez a la demanda y alegaciones de las partes

³¹ HUNTER AMPUERO, IVÁN. (2010). El principio dispositivo y los poderes del juez. *Revista de derecho (Valparaíso)*, (35), p. 150. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512010000200005> (consulta 10 de marzo de 2018).

³² DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO, *Compendio General de Derecho Procesal, Tomo I*, décima edición, Ed. ABC, Bogotá, Colombia, 1985, p. 188.

³³ MONTERO AROCA, JUAN, *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los poderes del juez y la oralidad*, Valencia, España, Tirant lo Blanche, 2001, op. Cit., p. 64.

que refieren a los hechos constitutivos, modificativos o extintivos y a sus poderes impugnación, estableciendo con ello el objeto del litigio y la obligación de congruencia del tribunal, y confirmando que, si las partes son las únicas que pueden incoar la actividad jurisdiccional les corresponde igualmente en forma exclusiva la facultad de ponerle término disponiendo de los derechos e intereses cuya satisfacción se solicita.

Tradicionalmente dentro del principio dispositivo se han venido confundiendo dos cosas distintas, señala Montero Aroca³⁴, o dicho de otra manera, el principio dispositivo ha venido incluyendo dos principios distintos: el principio dispositivo en sentido estricto (*Dispositionsmaxime*), esto es, la disponibilidad que las partes tienen sobre el interés privado, la conveniencia o no de acudir al órgano jurisdiccional pretendiendo su satisfacción, y, en segundo lugar, el de aportación de parte (*Verhandlungsmmaxime*), por el que las partes tiene también el monopolio de aportar al proceso los elementos de hecho y los medios de prueba³⁵. Fue la doctrina alemana de principios del siglo XX la que precisó esta distinción que se mantiene vigente hasta nuestros días, separando el principio dispositivo material y el principio dispositivo procesal, como resultado de la observación analítica de los sistemas procesales y del estímulo de las reformas legislativas, que llevó a los alemanes a concebir la distinción entre el derecho exclusivo de las partes de proponer el proceso y de pedir la tutela jurisdiccional por los propios interesados, de la regla de la iniciativa de las partes en la instrucción de la causa, señalando Hunter que el primero, también conocido simplemente como principio dispositivo (*Dispositionsprinzip* en el procesalismo alemán) pone el centro de atención en la titularidad de los particulares sobre los derechos objeto del proceso y la consecuente posibilidad de disponer libremente de los mismos por actos vinculantes para el juez, indicando que el segundo, actualmente conocido como principio de aportación de parte (*Verhandlungsmmaxime* en la lengua alemana o principio de la *disponibilita delle prove* en la doctrina italiana), mira al desarrollo formal del proceso y esencialmente a la introducción de los hechos y la prueba, distinción que, basada en la diversa naturaleza de los derechos e intereses en juego en la actividad jurisdiccional, permite distinguir entre un conjunto de disposiciones que miran al desarrollo procesal y otras que están destinadas a permitir

³⁴ Ibid., p 63.

³⁵ TAVOLARI OLIVEROS, RAÚL. (1994) Tribunales, Jurisdicción y Proceso. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1ª Edición, op. cit. p. 15. Llama al pie el autor para, con su habitual erudición, indicar: "La bibliografía es abundante, tanto en obras generales como en monografías. Modernamente, cfr. Víctor Fairén G., *Doctrina General del Derecho Procesal*, Librería Bosch, 1990, pág. 36; Marcos A. Borges, *Principios de Derecho Processual: Civil e Agrario*, Edic. CEJUP, Belim, 1991, pág. 81; Francisco Ramón Méndez, *Derecho Procesal Civil*, Tomo I, José M. Bosch Edit. Barcelona, 1990, pág. 337; Jorge Clariá Olmedo, *Derecho Procesal*, tomo II, Edic. Depalma, Buenos Aires, 1983, pag.153; Carlos Arellano G., *Teoría General del Proceso*, 3ª Edic., Edit. Porrúa, México, 1989, pág. 36; entre los ya clásicos, J. Ramiro Podetti, *Teoría y Técnica del Proceso Civil*, Ediar S.A., Edit., Buenos Aires, 1963, pág. 103."

la actuación de los derechos materiales en el proceso³⁶, complementando Carocca, por su parte, que estos principios responden a dos interrogantes distintas, el principio dispositivo a la pregunta acerca de “*quién inicia el proceso*” y el principio de aportación de parte a la cuestión sobre “*quién debe producir la prueba*”³⁷.

Como informador del proceso civil, el principio dispositivo, no tiene un reconocimiento constitucional directo, no existiendo una norma expresa de este rango que imponga al legislador la necesidad de establecer un proceso que acoja sus máximas de actuación, no obstante la doctrina lo reconoce como un principio básico e informador del proceso civil, íntimamente ligado a la naturaleza privada de los derechos subjetivos generalmente en juego, pudiendo vincularse razonablemente con la *Constitución Política de La República* (en adelante C. Pol.), tomando como base los derechos fundamentales sustantivos que consagra, en particular en su artículo 19 N°21, referido al derecho a desarrollar cualquier actividad económica, en el 19 N°23, que establece la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, y especialmente en el 19 N°24, que al consagrar el derecho de propiedad, en sus diversas especies, sobre toda clase de bienes corporales e incorporeales, extiende su protección a los atributos de la propiedad y a sus facultades. De lo dicho resulta evidente que si el Estado asegura a los ciudadanos la propiedad y su libre disponibilidad, sólo al titular del derecho subjetivo le corresponde determinar, sobre criterios de oportunidad, si desea tutelar jurisdiccionalmente tal derecho dando inicio a un proceso por medio de la acción, definir el contenido y alcance de dicha tutela y poner fin al proceso³⁸.

Por su parte, El PNCPC recoge y consagra las máximas que la doctrina ha considerado como elementos del principio dispositivo, que contemplan el carácter privado del derecho sustantivo objeto de la tutela jurisdiccional, prescribiendo, en sus artículos 2° y 252, la actividad jurisdiccional como resorte exclusivo de la iniciativa del interesado, debiendo todo órgano jurisdiccional actuar rogadamente, materializando también, en el primer artículo citado, la facultad exclusiva de las partes de determinar concretamente, al fundar la pretensión y en la resistencia, el interés cuya satisfacción se solicita, determinando los límites del objeto del juicio³⁹. Consagra, además, en sus artículos 201 y

³⁶ HUNTER AMPUERO, IVÁN. (2010). El principio dispositivo y los poderes del juez. *Revista de derecho (Valparaíso)*, (35), op. cit., p. 152.

³⁷ CAROCCA PÉREZ, ALEX, ob.cit., p.25.

³⁸ Ibid., p. 21; HUNTER AMPUERO, IVÁN. (2010). El principio dispositivo y los poderes del juez. *Revista de derecho (Valparaíso)*, (35), op. cit., pp. 153-154.

³⁹ PNCPC, LIBRO I DISPOSICIONES GENERALES, Título I Principios Generales, artículo 2°.- *Iniciativa. La iniciación del proceso, así como la introducción de las pretensiones y excepciones incumben a las partes. El Tribunal sólo podrá actuar de oficio cuando la ley lo faculte expresamente.* LIBRO II PROCESOS DECLARATIVOS, Título I Juicio Ordinario, Capítulo I, La demanda, artículo 252.- Inicio. El juicio ordinario comenzará por demanda del actor, sin perjuicio de las medidas prejudiciales...

381 d), el principio de congruencia, que sujeta al órgano jurisdiccional a los límites impuestos por la pretensión y la resistencia⁴⁰.

El principio dispositivo tiene un contenido concreto, pues no todas las normas procesales civiles tienen idéntica naturaleza, ni están únicamente destinadas a permitir la actuación del carácter privado y disponible del derecho sustantivo, existiendo también normas procesales que miran al desarrollo técnico-procesal de la jurisdicción como herramienta de tutela y que sistemáticamente agrupadas conforman el denominado principio de aportación de parte, que puede resumirse en el brocardo: “*iudex iudicet secundum allegata et probata partium*” (el juez debe decidir según lo alegado y probado por las partes)⁴¹. 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 valer⁴², constituyendo la máxima que regula la prueba en juicio. Los alemanes lo llaman *Verhandlungsmaxime*, que se traduce literalmente como máxima del debate⁴³. Así, la conexión con el principio dispositivo consiste en que éste determina que sean las partes las que deban introducir los elementos fácticos esenciales integradores de la causa de pedir, 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 desarrollar la actividad probatoria para acreditar sus alegaciones⁴⁴, reconociéndose doctrinariamente los dos elementos que lo conforman, uno que supone que la alegación de los datos o elementos fácticos corresponde a los titulares de los derechos e intereses y otro que atiende a que la prueba de esos hechos le corresponde a las partes quienes están encargadas de recopilar y suministrar al juez todo el material de conocimiento necesario para dictar la sentencia⁴⁵.

⁴⁰ PNCPC, LIBRO I DISPOSICIONES GENERALES, Título XIII De las Resoluciones Judiciales y su Eficacia, Capítulo 1° De las resoluciones judiciales, artículo 201.- *Congruencia. Las resoluciones judiciales 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.* LIBRO II PROCESOS DECLARATIVOS, Título III El Recurso de Apelación, artículo 381. *Causales específicas del recurso. Cuando el recurso de apelación se fundamente en la infracción a las normas que consagren derechos o garantías procesales cometidas en el primer grado jurisdiccional, deberá alegarse y configurarse una o más de las siguientes causales: d) Que la sentencia se hubiere dictado ultrapetita, esto es, otorgando más de lo pedido por las partes, o extrapetita, esto es, extendiéndola a puntos no sometidos a la decisión del tribunal, sin perjuicio de la facultad que este tenga para fallar de oficio en los casos determinados por la ley.*

⁴¹ HUNTER AMPUERO, IVÁN. (2010). El principio dispositivo y los poderes del juez, op. cit., pp. 160-161; Vid. PICÓ I JUNOY, JOAN, “El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: Un debate mal planteado”, ob.cit., p.122.

⁴² 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, año 4, 2005, p.15.

⁴³ MENESES PACHECO, CLAUDIO, *Iniciativa probatoria del juez en el Proceso Civil*, op. cit. p.27.

⁴⁴ Vid. CAROCCA PÉREZ, ALEX, ob.cit., p.32.

⁴⁵ BORDALÍ, ANDRÉS, *Los poderes del Juez Civil*, en DE LA OLIVA SANTOS-PALOMO VELEZ (coordinadores), *Proceso Civil. Hacia una nueva Justicia Civil*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 190.

Por regla general los procedimientos regidos por el principio dispositivo lo estarán también por el principio de aportación de parte, pero no corresponde confundirlos o asimilarlos, como ocurrió comúnmente en las doctrinas italiana, española y latinoamericana, debido a que sus fundamentos son totalmente distintos, ello porque 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 objeto⁴⁶, encontrando su fundamento 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 medios⁴⁷. En el sentido de lo expuesto, un proceso guiado por el principio de aportación de parte es al mismo tiempo un proceso que asigna a los litigantes la carga de acreditar los fundamentos de hecho de la pretensión o de la resistencia. Si a las partes se les grava con la carga de acreditar sus afirmaciones entonces correlativamente se les reconoce el derecho a utilizar todos los medios de prueba pertinentes para su defensa⁴⁸.

Consecuentemente, configurados teórica y doctrinariamente el principio dispositivo y de aportación como unidades conceptuales independientes, reconociéndole al primero la iniciación del proceso, la determinación de su contenido y su finalización como manifestaciones procesales que se relacionan directamente con el carácter privado de los derechos (misma que el PNCPC recoge), y concibiendo como elementos del segundo principio el control formal de los actos, el impulso procesal y la actividad probatoria, se concluye en esta parte que cuando un ordenamiento permite la actividad probatoria oficiosa del juez en caso alguno afecta o vulnera al principio dispositivo.

Mayoritariamente la doctrina se manifiesta favorablemente respecto al otorgamiento de facultades probatorias oficiosas al juez civil, con la finalidad de aclarar o complementar las pruebas anunciadas por las partes y siempre que sea necesario para la acertada resolución del conflicto, en concordancia con el rol protagónico del órgano jurisdiccional como director del proceso, sosteniendo que dicha atribución no vulnera de modo alguno el principio dispositivo, ni el principio de aportación de parte⁴⁹. En este sentido, el profesor Silva Prado sostiene que por la vía probatoria oficiosa jamás el

⁴⁶ CAROCCA PÉREZ, ALEX, ob.cit., p.32.

⁴⁷ MENESES PACHECO, CLAUDIO, op. cit. p.28.

⁴⁸ HUNTER AMPUERO, IVÁN. El principio dispositivo y los poderes del juez, op. cit., p. 161.

⁴⁹ Vid. en este sentido: TARUFFO, MICHELLE: “Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa”, en “La prueba. Artículos y Conferencias”, Santiago, Chile, Editorial Metropolitana, 2009, op. cit.; PICÓ I JUNOY, JOAN, “El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: Un debate mal planteado”, ob.cit., pp.110-111, 120-125; 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; BORDALÍ, ANDRÉS, *Los poderes del Juez Civil*, en DE LA OLIVA SANTOS-PALOMO VELEZ (coordinadores), *Proceso Civil. Hacia una nueva Justicia Civil*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile,

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 podrá 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 juzgador⁵⁰. Devis Echandía, por su parte, sostiene que la disponibilidad del derecho material discutido en el proceso civil nada tiene que ver con la determinación de los medios probatorios para establecerlo, por lo que, aun considerando que el proceso civil versa sobre cuestiones de interés privado y derechos de libre disposición de las partes y olvidándose de que tiene un objeto y un fin de claro interés público, 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 sentencia⁵¹.

Ahora bien, para analizar adecuadamente si la iniciativa probatoria *ex officio* del juez vulnera el principio de aportación de parte, concebido éste último como la facultad de las partes de proponer y aportar exclusivamente el material probatorio al proceso, es necesario considerar en primer lugar el carácter técnico-procesal del mismo, que lo diferencia del principio dispositivo cuyo fundamento se vincula con las garantías que nuestra C. Pol. reconoce a sus ciudadanos, por lo que resulta admisible que el material probatorio incorporado al proceso por los litigantes sea eventualmente complementado o integrado por propia iniciativa del órgano jurisdiccional, configurando un tema distinto a determinar, eso sí, el referido a si el otorgamiento al juez de estas facultades pudiera considerarse atentatorio al derecho de los justiciables a un juez imparcial, al debido proceso y a su legítimo derecho a defensa, como abordaremos en el apartado final de este capítulo.

Los autores que se inclinan favorablemente por atribuir facultades probatorias al juez fundamentan su concesión en la necesaria determinación verdadera de los hechos de la causa, que conduzca a decisiones jurídica y racionalmente correctas, y por tanto justas, considerando que ninguna decisión judicial puede considerarse legal y racionalmente correcta, y por tanto justa, si se

2007, p.p. 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*, Nº 7, año 4, 2005, p.21; MATURANA MIQUEL, CRISTIAN, "Los principios que deben regir un nuevo Proceso Civil en Chile", ob.cit., p.p.15-16; HUNTER AMPUERO, IVÁN, El principio dispositivo y los poderes del juez, op. cit., p.p. 161-183.

⁵⁰ SILVA PRADO, JOSÉ PEDRO, "Iniciativa probatoria del juez en un nuevo orden procesal civil", ob.cit., p.24.

⁵¹ Cfr. DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO, ob.cit., pp.82.

basa en una determinación errónea y no verdadera de los hechos a que se refiere. Se considera relevante la iniciativa de las partes en la presentación de la prueba, como una manifestación del debido proceso, pero a veces insuficiente para asegurar al juez el conocimiento de la verdad, debido a que las partes pueden tener interés en no desarrollar un análisis completo de la prueba de que disponen, respecto a hechos controvertidos cuyo establecimiento pudiera perjudicar sus intereses en el resultado de la *litis*, resultando de lo expuesto que, a veces, la manera menos eficiente para descubrir la verdad de los hechos en el juicio es limitarse exclusivamente a la iniciativa probatoria de las partes. Esta realidad justifica la atribución al juez de poderes de instrucción significativos y autónomos, pero supletorios y complementarios a una actividad probatoria eventualmente insuficiente o inadecuada de las partes, en el entendido de que, si las partes son exitosas en el ofrecimiento de toda la prueba disponible, el tribunal no necesitará hacer uso en absoluto de sus poderes. Se destaca, desde esta perspectiva, que el proceso no deja de ser el instrumento institucional para la resolución de las controversias, pero adquiere importancia la calidad de la decisión con la que éstas se solucionan. No cualquier decisión es “buena” sólo porque ponga fin al conflicto; la decisión es “buena” si pone fin al conflicto estando justificada en criterios jurídicos y racionales, entre los que asume una importancia particular la verdad de la determinación de los hechos⁵².

Chiovenda, por su parte, refiere sobre este punto que nadie es mejor juez que la parte respecto de las pruebas de que puede disponer, respecto de sus intereses individuales, reconociendo 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 sola⁵³.

La actividad que las partes despliegan dentro del proceso es naturalmente parcial, busca satisfacer los intereses que creen asistirles, encaminando su labor probatoria directamente a ese fin. La búsqueda de la verdad para ellas será sólo contingente, y dependerá de cada situación particular, no pudiendo insinuarse que la verdad sea la tendencia general en el *telos* de la iniciativa y práctica de la prueba a instancias de los litigantes, ya que su finalidad al desarrollarla no apunta a ella sino a una decisión favorable, lo que naturalmente lleva a que la parte se abstenga de producir o aportar prueba

⁵² Vid. TARUFFO, MICHELLE: “Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa”, op. cit. p.p. 265-269; 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”, op. cit., pp.13-14; MENESES PACHECO, CLAUDIO, op. cit., p.53; HUNTER AMPUERO, IVÁN A.: Las Facultades Probatorias del Juez de Familia, op. cit., pp. 85-108.

⁵³ CHIOVENDA, JOSÉ, op. cit., p.194.

si de su mérito resulta un perjuicio a su situación procesal, lo que desvirtúa la verdad y lleva a no descubrirla. Ciertamente, además, que las partes dentro de un juicio no están obligadas jurídicamente ni tienen la carga procesal de decir la verdad acerca de los hechos, encontrándose el juez, por lo general con versiones antagónicas, dos realidades propuestas para los mismos hechos que dificultan la decisión del pleito. Consecuencialmente, cuando la aproximación a la realidad, indispensable para la justicia de la decisión, no es develada por las partes a través de sus pruebas, es el juez -desde su posición institucional- quien debe asumir dicha tarea, efectuando una labor de complementación del material probatorio, sobre un criterio de plenitud del material probatorio de acuerdo con el cual todas las pruebas relevantes deben ser adquiridas, a iniciativa de parte o, si es necesario, a iniciativa del juez. Los procesos civiles modernos han caminado lentamente hacia la obtención de la verdad, atribuyendo al juez poderes de prueba cuando las partes no han saturado la actividad probatoria disponible. Hoy en día, hay una clara conciencia de que la actividad probatoria del tribunal simpatiza con la noción epistemológica de la prueba y, por sobre todo, que renunciar a la búsqueda de la verdad como objetivo del proceso es, en cierta medida, renunciar a hacer justicia en un Estado de Derecho⁵⁴.

Adicionalmente, la atribución de iniciativa probatoria al juez sin que ello se considere como una vulneración al principio dispositivo y al de aportación de parte, se sustenta en el hecho indesmentible de que la mayoría de los sistemas procesales civiles modernos consideran un poder general discrecional para el juez que lo faculta a disponer de oficio la adquisición de pruebas no propuestas por las partes⁵⁵, o algunos poderes de instrucción al juez más o menos numerosos o amplios, dependiendo del caso, consignándose en todo caso, una clara tendencia al incremento de las mismas⁵⁶ o, finalmente, sistemas en los que no está previsto de manera expresa poderes de iniciativa instructora para el juez, en los que, sin embargo, el juez desempeña un papel activo en la adquisición de pruebas⁵⁷.

⁵⁴ HUNTER AMPUERO, IVÁN A.: Las Facultades Probatorias del Juez de Familia, op. cit., pp. 80-84. Llama al pie el autor para citar a: BORDALÍ SALAMANCA, Andrés: "Los poderes del Juez Civil", op. cit. p.13.

⁵⁵ Francia, art. 10 del *code de procédure civile*, le entrega al juzgador un poder claramente discrecional que los jueces franceses raramente utilizan; Suiza, art. 37 de la ley procesal federal de 1947; Facultades de instrucción similares son conferidas a jueces italianos en el proceso laboral y a los españoles en algunos procedimientos especiales.

⁵⁶ Italia, art. 281 ter; Alemania dota a sus jueces civiles tradicionalmente de una amplia gama de poderes de instrucción, pudiendo disponer de oficio de todos los medios de prueba, con la única excepción de la prueba testimonial; Estados Unidos de Norteamérica, *Rule 614(a)* de las *Federal Rules of Evidence* atribuye al juez la facultad de disponer de oficio pruebas testimoniales no propuestas por las partes, mientras que *Rule 614(b)* lo faculta para interrogar testigos, propuestos por las partes o llamados de oficio, además, la *Rule 706* le permite al juez ordenar de oficio peritajes técnicos, designando a los expertos. La primera facultad referida se ejerce en raras ocasiones.

⁵⁷ Inglaterra, las *Civil Procedure Rules* atribuyen al juez intensos y amplios poderes para la dirección del proceso, la *Rule 32.1* autoriza al juez a controlar la evidencia indicando a las partes las cuestiones de hecho sobre las que requiere que se

En el mismo sentido Tavolari recuerda, primero, que desde la perspectiva histórica Las Partidas conferían al juez particulares facultades o poderes en el ámbito de la producción de la prueba, aunque conforme a la tradición, tal actividad era propia de los litigantes, resultando notable la decidida admonición al sentenciador para establecer y precisar la verdad de los hechos, limitado empero a lo obrado en el proceso y con arreglo a los clásicos brocardos *iudex iudicet secundum allegata et probata partium* y *quo non est in actis non est in mundo*, facultades que rigieron en Chile, como en toda la América española, hasta muy avanzado el siglo XIX, y que se mantienen hasta nuestros días en la norma que consagra las medidas para mejor resolver en el artículo 159 del Código de Procedimiento Civil. En segundo término, observa que los códigos modernos latinoamericanos atribuyen facultades oficiosas en materia probatoria al juez, mismas que igualmente consagra de manera amplia el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica⁵⁸.

A *contrario sensu*, un sector minoritario de la doctrina nacional y comparada se manifiesta contraria al 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, en concordancia con una adecuada interpretación y aplicación de los principios dispositivo y de aportación de parte, que rigen el proceso civil⁵⁹, haciéndose cargo, en primer término, de la calificación del carácter técnico procesal que se atribuye al principio de aportación. Sobre el punto Montero Aroca sostiene que hoy no es admisible considerar como algo técnico la determinación en las leyes de los poderes

proponga prueba, especificando el tipo de prueba que deben proponer y como deben practicarse en el juicio. También la Rule 32.4 faculta al juez para establecer sí, y de qué manera, pueden desarrollarse declaraciones de testigos por escrito. Además, conforme a la Rule 32.5 puede autorizar al testigo para que amplíe el objeto de su declaración. España, art. 435 LEC permite al juez una diligencia final en la que puede disponer de oficio que se vuelvan a practicar pruebas ya rendidas en el proceso si su resultado no ha sido satisfactorio, así como el art.429 le atribuye la facultad de indicar a las partes la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente, cuando estime que las alegadas por las partes puedan resultar insuficientes para la determinación de los hechos, indicando a las partes, en tal caso, los hechos que considera pudieran verse afectados por la insuficiencia probatoria, pudiendo señalar qué pruebas debieran practicarse.

⁵⁸ TAVOLARI OLIVEROS, RAÚL. (1994) Tribunales, Jurisdicción y Proceso. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1ª Edición, op. cit. pp. 16 a 28.

⁵⁹ Vid. MONTERO AROCA, JUAN, "El proceso civil llamado 'social' como instrumento de 'justicia' autoritaria", op. cit., pp.129-165. Del mismo autor puede verse, además: "Sobre el mito autoritario de la 'buena fe procesal'", op. cit., pp.304-307; MONTELEONE, GIROLAMO, "El actual debate sobre las 'orientaciones publicísticas' del proceso civil", op. 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, op. 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, op. cit., p.149; BOTTO, HUGO, Inconstitucionalidad de las medidas para mejor resolver, Santiago de Chile. Edit. Fallos del Mes, 2001, p.304; PALOMO VÉLEZ, DIEGO: "Proceso civil oral: ¿Qué modelo de juez requiere?", op. cit., p.195; PALAVECINO CÁCERES, C. (2011). Sistemas procesales e ideologías. op. cit; también del mismo autor: *EL RETORNO DEL INQUISIDOR. LAS POTESTADES JUDICIALES EN MATERIA PROBATORIA EN EL PROCEDIMIENTO LABORAL CHILENO* Revista Latinoamericana de Derecho Social, núm. 13, julio-diciembre, 2011, pp. 117-140 Universidad Nacional Autónoma de México Distrito Federal, México.

del juez en el proceso civil, pues es algo propio de su naturaleza que estén influenciadas por ideas políticas, por lo que pretender desterrar la política del derecho, se basa en una opinión deformada de aquélla⁶⁰. Se ve, consecuentemente, 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 jurídicas⁶¹. Replican a continuación la atribución de facultades probatorias al Juez fundada en la idea de la búsqueda de la verdad de los hechos de la causa, aseverando 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 en desentrañar la verdad histórica o la realidad material de los hechos, sino en la obtención de la convicción subjetiva que el juzgador logre formarse una vez practicadas las pruebas⁶². 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 insuficiencia de pruebas que lo lleven a formar convicción acerca de cómo acaecieron los hechos, deberá fallar conforme lo indican las reglas de la carga de la prueba⁶³. Finalmente, en respuesta al argumento que sostiene la tendencia generalizada y creciente en la mayoría de los países a contemplar, en mayor o menor medida, en sus sistemas procesales civiles la atribución de facultades probatorias oficiosas al juez, apuntan, como ya se refiriera anteriormente, al origen autoritario o fascista de los ordenamientos que inspiraron dicha atribución. Posiciones más conciliadoras sobre el tema, no obstante mostrarse contrarios a la iniciativa probatoria del tribunal, admiten que el principio de aportación de partes consienta ciertas atenuaciones, 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 practicado, ello fundado en 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 fallidos⁶⁴.

⁶⁰ MONTERO AROCA: "El proceso civil llamado 'social' como instrumento de 'justicia' autoritaria", op. cit., pp. 151-152.

⁶¹ MONTELEONE, GIROLAMO, "El actual debate sobre las "orientaciones publicísticas" del proceso civil", op.cit., p.191.

⁶² Vid. PALOMO VELEZ, DIEGO, "Proceso civil oral: ¿Qué modelo de juez requiere?", op. cit., p.186.

⁶³ Vid. ALVARADO VELLOSO, ADOLFO, "La imparcialidad judicial y el Sistema Inquisitivo de juzgamiento", op. cit., p. 247.

⁶⁴ 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*, Nº 7, año 4, 2005, pp.49-50.

4.- La imparcialidad y las facultades probatorias oficiosas del Juez

La imparcialidad del juez, dice Tavolari, “*desinterés objetivo*” en su cita a la expresión acuñada por De la Oliva Santos, constituye un elemento determinante de la jurisdicción que, elevado a la más alta categoría de exigencia por la legislación supranacional, se traduce en una disposición intelectual y volitiva del juez, que le permite resolver el conflicto sometido a su consideración con entera prescindencia de todo antecedente, como no sean los fundamentos jurídicos y fácticos que cada uno de los litigantes esgrime a su favor, planteándose legítimamente la duda, en el tema de la iniciativa probatoria del juez e Imparcialidad, desde que la insuficiencia de prueba es, de siempre, una de las motivaciones que conducen a denegar pretensiones, concediéndose la razón al demandado porque el actor no consiguió probar sus afirmaciones o desestimándose la excepción opuesta porque el demandado no acreditó sus fundamentos. Así, el juez que adopta una u otra decisión procede como el sistema espera de él en dicha disyuntiva, pero si en vez del rechazo fundado en la falta de prueba, resuelve disponer él su producción, genera el cuestionamiento acerca del abandono de su posición equidistante⁶⁵, pudiendo representar un atentado a la debida imparcialidad del juzgador.

Para Calamandrei la imparcialidad se erigió históricamente como la cualidad preponderante que aparece inseparable de la idea misma del juez, desde su primera aparición en los albores de la civilización. 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 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 solicitaciones de las partes y al objeto de la litis, *nemo iudex in re propria*⁶⁶. Queda de manifiesto, sin embargo, 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

⁶⁵ TAVOLARI OLIVEROS, RAÚL. (1994) Tribunales, Jurisdicción y Proceso. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1ª Edición, op. cit. pp. 28-29.

⁶⁶ CALAMANDREI, PIERO, “*Justicia y Política: Sentencia y Sentimiento*” en *Proceso y Democracia*, Edit. Ara, Lima, Perú, 2006. pp. 52-53.

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 imparcialidad⁶⁷.

En nuestro país todas las personas que habitan el territorio nacional tienen reconocido el derecho fundamental a un debido proceso, pese a que no existe ninguna disposición constitucional que así lo exprese, ello no por un olvido o por un deseo explícito de no reconocer esta garantía a las personas, sino por no emplear una denominación que tiene sus orígenes en el Derecho Anglosajón (“*due process of law*”), que podría haber obligado a los operadores jurídicos nacionales a interpretar la garantía a la luz de las construcciones de la doctrina y jurisprudencia anglosajonas, razón por la que el constituyente de 1980 optó por usar la expresión equivalente de “*racional y justo procedimiento*” en su artículo 19 N°3 inciso 5°, debiendo entenderse en esta garantía de nuestro texto constitucional el reconocimiento del debido proceso como derecho fundamental de los ciudadanos⁶⁸. Se trata de una cláusula de contenido indeterminado a ser colmada por el legislador o por los tribunales de justicia, dejando constancia La Comisión de Estudio de una Nueva Constitución, en sus sesiones 101^a a 103^a, que este derecho fundamental se refería a garantías tales como el emplazamiento de las partes, el examen y objeción de la prueba rendida⁶⁹, la existencia de recursos procesales y la fundamentación de las sentencias, enumeración de carácter ejemplar que concibió la cláusula “*racional y justo procedimiento*” como un principio constitucional que debía ser determinado en cada caso concreto por aquellos órganos competentes para hacerlo, reconociendo además la C. Pol. algunas garantías específicas que tradicionalmente han conformado el debido proceso, como el derecho a defensa jurídica en juicio (artículo 19 N°3 inciso 2°) y el derecho a un juez ordinario predeterminado por la ley (artículo 19 N°3 inciso 4°), garantías a las que deben agregarse las que reconocen los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificado por el estado chileno y que se encuentren vigentes, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 5° de la C. Pol., entre los que se encuentran el derecho a ser oído, la publicidad, el derecho a un tribunal competente, independiente e imparcial, según lo reconoce *La Convención Americana de Derechos Humanos* en su artículo 8° y *El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, en su artículo 14. En consecuencia, la expresión del debido proceso en Chile, como principio constitucional de racionalidad y justicia en los procedimientos judiciales, debe entenderse referido a derechos procesales específicos

⁶⁷ CARNELUTTI, Francesco. *Derecho Procesal Civil y Penal*, Vol. I. Colección Clásicos del Derecho. Traducción y compilación Enrique Figueroa Alfonso. México, Edit. Colección Clásicos del Derecho. 1994. pp. 84-85.

⁶⁸ BORDALÍ SALAMANCA, Andrés. (2009). El derecho fundamental a un tribunal independiente e imparcial en el ordenamiento jurídico chileno. *Revista de derecho (Valparaíso)*, (33), 263-302. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512009000200007> (consulta 17 de marzo 2018).

⁶⁹ Vid. MATURANA MIQUEL, CRISTIAN, “Los principios que deben regir un nuevo Proceso Civil en Chile”, op.cit., p.13.

reconocidos por la C. Pol., como el derecho a la defensa jurídica y un tribunal ordinario predeterminado por la ley, a específicos derechos procesales reconocidos en tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, como el derecho ser oído, la publicidad, el derecho a un tribunal competente, independiente e imparcial, y finalmente como principio constitucional orientador de la actividad del legislador y de los tribunales de justicia del país⁷⁰.

Para el profesor Bordalí, el mayor desarrollo del contenido del derecho a un tribunal independiente e imparcial proviene de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, particularmente en relación al artículo 6.1 del *Convenio europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, en torno al cual la corte ha reflexionado y resuelto acerca del requisito de imparcialidad de los jueces, distinguiendo una vertiente subjetiva y otra objetiva. La primera, la imparcialidad considerada subjetivamente, dice relación con el posicionamiento personal de los jueces en relación a las partes de una causa judicial, considerando el fuero interior de los jueces, que se reputan imparciales mientras no se demuestre lo contrario. El citado tribunal ha dicho que la imparcialidad subjetiva, como derecho fundamental de los justiciables, comporta una garantía que permite que un juez sea apartado de un caso concreto cuando existan sospechas objetivamente justificadas que permitan afirmar que el juez no es ajeno a la causa o que permita temer que no utilizará como criterio de juicio el previsto por la ley sino otras consideraciones ajenas al ordenamiento jurídico. El criterio objetivo, por su parte, implica que a la parte que se lamenta de la parcialidad del magistrado le corresponde la carga de demostrarla, probando en concreto que la disposición anímica o psicológica del juez y su conducta exteriorizada son síntomas de falta de imparcialidad.

El Tribunal europeo de Derecho Humanos ha influido asimismo a algunas cortes constitucionales de ese continente, como el Tribunal Constitucional español que, recogiendo la distinción planteada previamente, ha expresado que la perspectiva subjetiva de la imparcialidad trata de apreciar la convicción personal del juez, lo que pensaba en su fuero interno en tal ocasión, a fin de excluir a aquél que internamente haya tomado partido previamente o vaya a basar su decisión en prejuicios indebidamente adquiridos. Por otra parte, la imparcialidad objetiva considera la relevancia de aquellas condiciones exteriores que pueden comprometer o perjudicar la administración imparcial

⁷⁰ BORDALÍ SALAMANCA, Andrés. (2009). El derecho fundamental a un tribunal independiente e imparcial en el ordenamiento jurídico chileno. *Revista de derecho (Valparaíso)*, (33). op. cit. pp. 265-268. No obstante, el PNCPC dispone en su artículo 1° Tutela jurisdiccional. Toda persona tiene derecho a recabar de los tribunales la protección de sus derechos e intereses legítimos, con arreglo a un *debido proceso* el que se desarrollará en la forma y mediante los procedimientos reglamentados en este Código, sin perjuicio de lo que se disponga en leyes especiales.

de la justicia, destacando la importancia de la apariencia de imparcialidad de los jueces, apuntando además a la necesaria confianza que los órganos judiciales deben dar a los ciudadanos. No se trata ya que el juez haya exteriorizado convicción personal alguna ni haya tomado partido previo, si no que nos encontramos frente a un juez que no ofrece garantías suficientes para excluir toda duda legítima al respecto, importando sobremanera las consideraciones de carácter funcional y orgánico, que determinan si, por las funciones que se le asignan en el proceso, puede éste ser visto como un tercero ajeno a los intereses que en él se ventilan⁷¹.

Las consideraciones o resguardos a la imparcialidad, de carácter funcional y orgánico, a que refiere el Tribunal Constitucional español están expresamente consideradas en nuestro ordenamiento jurídico en los motivos de inhabilidad que contemplan los artículos 195 y 196 del Código Orgánico de Tribunales, en relación con los artículos 113 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, resultando suficientemente cautelada la innominada imparcialidad a través de este eficaz inventario, para unos⁷². Para otros, sin embargo, surge la duda respecto a si dichas normas contemplan dentro de sus causales situaciones que son de mayor ocurrencia en la sociedad contemporánea caracterizada por mayor pluralismo ético, ideológico y político. ¿Qué sucedería si las partes consideran causa de parcialidad el que un juez forme parte de una determinada organización religiosa? ¿Qué pasaría si el juez ha manifestado en la causa comentarios sexistas o racistas? ¿Qué pasa si el juez ha manifestado de cualquier modo una inclinación política? Se responde a estas preguntas sosteniendo que el único precepto del C.O.T. que podría dar relativa cabida a situaciones como las planteadas es el artículo 196 N°15, que establece como causal de recusación: *“Tener el juez con alguna de las partes enemistad, odio o resentimiento que haga presumir que no se halla revestido de la debida imparcialidad”*. Es evidente que no hay referencias expresas a cuestiones como las acá planteadas, lo que lleva a las alternativas de hacer una interpretación extensiva del numeral 15, dando a la causal una función de “cajón de sastre”, o a entender que los jueces están facultados para considerar otras causales de parcialidad fuera de los casos previstos por ley. Razonando luego sobre la improcedencia de esta segunda alternativa, se concluye recomendando al legislador la ampliación de las causales de inhabilidad contempladas por los artículos 195 y 196 del C.O.T., reconociendo en las mismas los tópicos señalados (prejuicios religiosos, raciales, sexistas, etc.) o la introducción de causales más elásticas al estilo de la *“remisión del proceso por legítima sospecha”* del artículo 45 del C.P.P. italiano,

⁷¹ *Ibidem.* pp. 272-273.

⁷² TAVOLARI OLIVEROS, RAÚL. op. cit. p. 56.

o la recusación por motivo serio y grave capaz de generar desconfianza sobre la imparcialidad del juez, que regula el artículo 43.1 del Código de Proceso Penal portugués⁷³.

Por su parte, el profesor Tavolari, siguiendo a Alvarado Velloso, sostiene que el debido proceso supone cinco principios básicos, que son PRINCIPIOS PROCESALES: a) Igualdad de las partes litigantes; b) Imparcialidad del juzgador; c) Transitoriedad de la serie consecucional; d) Eficacia del proceso; y e) Moralidad en la sustanciación de los procesos. En consecuencia, un proceso sólo es tal cuando se desarrolla conforme a la totalidad de los principios enunciados, sin que obsten a la existencia misma del proceso las llamadas reglas técnicas procesales que se presentan siempre en forma binaria o como pares antinómicos, a punto tal que la elección por el legislador de una de las reglas, automáticamente desplaza a la contraria (v. gr., oralidad-escrituración; libertad de formas-legalidad de formas; publicidad-secreto, etc.). El debido proceso, entonces, no es más ni menos que el proceso que respeta los principios que van ínsitos en el sistema establecido desde el propio texto constitucional⁷⁴.

Ahora bien, como adelantáramos previamente, una de las objeciones frecuentes que la doctrina nacional y comprada ha formulado a la actividad probatoria del tribunal es la eventual pérdida de la imparcialidad en que incurriría el juez, sosteniéndose que el ejercicio de la potestad probatoria autónoma del tribunal terminaría inclinando el resultado del litigio a favor de una u otra parte, perdiendo el juez su calidad de tercero ajeno a los derechos e intereses en disputa y pasando a desarrollar una actividad propia de las partes, como es la prueba, quebrantando la garantía orgánica del juez imparcial y el derecho a defensa de los justiciables, como parte integrante del derecho a un debido proceso. Este derecho a la prueba, entendido como la facultad de las partes para ofrecer y producir todos los antecedentes de convicción relevantes que estén en su posesión u obtener los medios o antecedentes atingentes que se encontraran en posesión de la otra parte o de terceros, para que sean debidamente considerados por el tribunal, constituye un aspecto fundamental del derecho a defensa, así como también del derecho a la acción, no pudiendo concebirse que los justiciables pudieran invocar sus derechos ante el órgano jurisdiccional sin que se les permita probar por los medio de que disponen las aseveraciones fácticas que son la base de sus pretensiones y defensas.

Para la doctrina contraria a las potestades probatorias del tribunal la única forma de proteger la imparcialidad en el proceso implica defender la figura de un juez pasivo y espectador, que

⁷³ BORDALÍ SALAMANCA, Andrés. (2009). El derecho fundamental a un tribunal independiente e imparcial en el ordenamiento jurídico chileno. *Revista de derecho (Valparaíso)*, (33). op. cit. pp. 275-277.

⁷⁴ TAVOLARI OLIVEROS, RAÚL. op. cit. p. 51.

se limite a observar desde fuera para luego emitir su veredicto, sin otras facultades que las necesarias para fallar la causa, caminando de la mano, según Hunter, con la noción de imparcialidad sostenida y defendida por Piero Calamandrei en el año 1952, que citáramos previamente⁷⁵, transformando en sinónimos los conceptos de juez pasivo y juez imparcial, uno totalmente desinteresado del desarrollo del litigio, sólo atento a las actuaciones de las partes al momento de fallar, considerando, a *contrario sensu*, a un juez con fuertes potestades para actuar de oficio, no sólo en el ámbito de la prueba sino también en aspectos formales y procedimentales, como una figura autoritaria.

Nadie quiere un juez pasivo e inerte, sostiene Monteleone, 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, sosteniendo luego 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 parcialidad y a la injusticia⁷⁶. A turno, Montero Aroca concuerda y destaca 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 las partes, lo que sólo tiene sentido si se asume la idea implícita de que los abogados de los litigantes puedan ser o negligentes o ignorantes, idea marcadamente autoritaria⁷⁷. Para Alvarado Velloso, el principio de imparcialidad supone que el tercero que actúa en calidad de autoridad, para procesar y sentenciar el litigio, debe ostentar claramente ese carácter, no pudiendo ubicarse en la posición de parte, ya que nadie puede ser actor o acusador y juez al mismo tiempo; debe carecer de todo interés subjetivo en la solución del litigio (imparcialidad) y debe poder actuar sin subordinación jerárquica respecto de las dos partes (independencia). 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

⁷⁵ HUNTER AMPUERO, IVÁN A.: Las Facultades Probatorias del Juez de Familia, op. cit., p. 85.

⁷⁶ MONTELEONE, GIROLAMO, "El actual debate sobre las "orientaciones publicísticas" del proceso civil", op.cit., pp.190-191.

⁷⁷ MONTERO AROCA, JUAN, "El proceso civil llamado 'social' como instrumento de 'justicia' autoritaria", op.cit., pp.157, 160-161.

oficiosamente los hechos alegados por ellas, cuya existencia improbadamente no puede ser suplida por el conocimiento personal que el juez tenga del asunto a fallar⁷⁸.

En nuestro país, Hugo Botto sostiene la inconstitucionalidad de las potestades oficiosas del juez, a propósito de las medidas para mejor resolver reguladas en el artículo 159 del Código de Procedimiento Civil, entendiendo que no responden a un procedimiento racional y justo, pues resultan siempre favoreciendo sólo a una parte -el demandante- en perjuicio de la otra -el demandado-, por lo que deberían ser derogadas de toda legislación que pretenda respetar la garantía constitucional del debido proceso⁷⁹. Coincidentemente, Carocca sostiene que no debe concedérsele iniciativa probatoria al juez, no siendo posible aceptar que sea el tribunal quien se proporcione a sí mismo el material de convicción, función que corresponde exclusivamente a las partes, por resultar atentatorio contra la estructura básica del proceso y el carácter del juez como tercero ajeno al litigio⁸⁰. Acota sobre el punto Palavecino, advirtiendo sobre el “*activismo judicial*” y citando a Kennedy, que no se le escapa que “siempre es *posible* para el juez adoptar una actitud estratégica hacia los materiales jurídicos, tratar de hacer que signifiquen algo distinto de lo que al principio parecía que significaban, o darles un significado que excluya otros inicialmente posibles” y que “no hay ninguna definición de imperio de la ley que pueda evitar que los jueces esfuercen en esta dirección...” Pero justamente la constatación de ese inquietante poder performativo debería movernos a mantener cortas las riendas en lugar de soltarlas fatalistamente, como defiende la corriente publicista⁸¹. Finalmente, Palomo asevera 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, paciones que develan una clara desconfianza en los profesionales que asumen la defensa de las partes⁸².

Replicando estas posturas, Devis Echandía sostiene 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, en el entendido

⁷⁸ ALVARADO VELLOSO, ADOLFO, “*La imparcialidad judicial y el Sistema Inquisitivo de juzgamiento*”, op.cit., p. 146 p.229.

⁷⁹ BOTTO, HUGO, Inconstitucionalidad de las medidas para mejor resolver, Santiago de Chile. Edit. Fallos del Mes, 2001, op. cit. p.p. 90 ss. y p. 304.

⁸⁰ Ibídem. p. 42.

⁸¹ PALAVECINO CÁCERES, Claudio (2011). Sistemas procesales e ideologías. *Derecho y Humanidades*, (17). op. cit. p. 27. Llama el autor a pie de página para citar a: KENNEDY, Duncan: “El comportamiento estratégico en la interpretación jurídica”. En su: *Izquierda y Derecho*. Buenos Aires, Argentina: Siglo XXI, 2010, p. 32.

⁸² PALOMO VÉLEZ, DIEGO, “Proceso Civil oral: ¿Qué modelo de juez requiere?”, en *Revista de derecho Universidad Austral de Chile (Valdivia)*, Vol.18, Nº 1, op. cit. pp. 188-189.

que nadie puede alegar un derecho a ocultar la verdad o a engañar al juez con pruebas aparentes u omisiones de otras, consistiendo la imparcialidad del Tribunal en aplicar la ley al dictar sentencia, sin que en su criterio pesen otras 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. Concebida 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, resulta obvio, a su entender, que se otorguen al juez los poderes suficientes para cumplir adecuadamente con tal deber, pues el juez con iniciativa probatoria tan sólo busca lograr su convicción sobre la verdad o falsedad de las afirmaciones factuales, y esa convicción necesaria para dictar sentencia no es más que la manifestación de la función jurisdiccional. No se asume, por tanto, una actividad de las partes, ni menos se favorece a una de ellas y perjudica a la otra. Por el contrario, si el órgano jurisdiccional muestra un alto grado de preocupación por la justicia de su decisión, entendida como aquella que se encuentra en estrecha vinculación con la realidad, lo que hace es efectuar un ejercicio propio de la labor jurisdiccional, aplicando el derecho objetivo a los elementos de hecho del caso concreto, para la tutela de los derechos e intereses legítimos⁸³.

La doctrina mayoritaria que adhieren a esta postura sostiene que la prueba aportada por el juez detenta el carácter de un *desinterés objetivo*, no buscando el beneficio de una de las partes en perjuicio de la otra, sino que, dentro de los límites que ellas fijaron en el objeto del litigio, intenta determinar la verdad acerca de lo que ocurrió, a fin de obtener una verdad legitimada, constituyendo, además, una defensa a las garantías constitucionales de debido proceso y de la defensa en juicio, en la medida que ayuda a vencer las vallas que dificultan el ACCESO REAL a la jurisdicción, pues persigue que el juez sea un agente activo en la tutela de la igualdad procesal, en resguardo de la parte más débil que no cuenta con los medios (económicos, las más de las veces) para ejercer efectivamente su derecho a defensa y, particularmente, su derecho a la prueba, evitando con ello 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 relevante. Por otro lado, la ideología de acuerdo con la cual el proceso debe tender a concluir con decisiones justas es coherente con una interpretación no formalista y no meramente repetitiva de la cláusula constitucional de “*debido proceso*”⁸⁴.

⁸³ DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO, op. cit., pp.81-82.; Así también: SILVA PRADO, JOSÉ PEDRO, “Iniciativa probatoria del juez en un nuevo orden procesal civil”, op.cit., p.24; y HUNTER AMPUERO, IVÁN A.: Las Facultades Probatorias del Juez de Familia, op. cit., pp. 88-89.

⁸⁴ En este sentido: TAVOLARI OLIVEROS, RAÚL. (1994) Tribunales, Jurisdicción y Proceso, op. cit. pp. 49-53; TARUFFO, MICHELLE: “Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa”, op. cit. p. 266; BORDALÍ, ANDRÉS, “El debido proceso

Picó I Junoy, por su parte, destaca 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 la realización de la justicia, como uno de los valores fundamentales del ordenamiento jurídico, que constituye el objetivo final de la función jurisdiccional, recurriendo a Kelsen para dotar de contenido y significado al valor “justicia”, pues su ambigüedad y falta de concreción pueden propiciar un excesivo decisionismo judicial. Siguiendo al jurista austriaco en su ensayo “¿Qué es Justicia?”, señala que ella 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. Agrega que otro fundamento de estas potestades se encuentra en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, toda vez que, para que el juez pueda otorgar esta tutela, aplicando correctamente la ley, necesita la 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 restringirles, de un modo absoluto, la iniciativa probatoria supone una limitación a la efectividad de la tutela judicial en la aplicación de la ley y, consecuencialmente, a la búsqueda de la justicia⁸⁵.

Bordalí, a su turno, luego de recordar que en Chile la discusión doctrinal acerca de la falta de imparcialidad del juez civil se refiere a si el poder que tiene por ley para proponer o decretar pruebas de oficio afecta o no su deber de imparcialidad y por tanto al derecho fundamental de los justiciables⁸⁶, recalca que si la imparcialidad consiste, desde una perspectiva estrictamente subjetiva, en una equidistancia de los jueces respecto de las partes o un desinterés con el objeto del litigio, que obliga a los jueces a fallar según prescriba la ley sin tomar en consideración otros intereses, es difícil comprender cómo esta doctrina llega a la conclusión que el juez que de oficio decreta pruebas en el proceso se torna parcial, puesto que ese juez no tiene como saber *a priori* si el resultado de la prueba beneficiará a una u otra parte. Un juez que participa del probatorio proponiendo o decretando

civil”, op.cit., p.271. Del mismo autor: “Los poderes del juez civil”, op.cit., p.16; MENESES PACHECO, CLAUDIO, op.cit., pp.56-61; HUNTER AMPUERO, IVÁN, “Poderes del juez civil: Algunas consideraciones a propósito del Juez de Familia”, op.cit., p. 217; del mismo autor: “Las Potestades Probatorias del Juez de Familia”, op. cit. pp. 87-89.

⁸⁵ PICÓ I JUNOY, JOAN, “El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: Un debate mal planteado”, op.cit., pp.123-125.

⁸⁶ Esta facultad está consagrada en nuestro ordenamiento, y es reconocida a los jueces civiles como medidas para mejor resolver por el artículo 159 del Código de Procedimiento Civil, y como prueba de oficio a los jueces de familia, en los artículos 29 inciso final, 53, 61 N°8 y 64 de la Ley de Tribunales de Familia, y a los jueces del trabajo, en los artículos 429, 453 N°9, 454 N°4 inciso final y 454 N°6 del Código del Trabajo.

pruebas no se pone del lado de ninguna de las partes del proceso ni toma interés en el objeto litigioso. Cosa distinta es que del resultado de la prueba se vea beneficiado el demandante o el demandado, pero ello no obedece a la parcialidad del juez sino al poder intrínseco del medio probatorio para descubrir la verdad. En su opinión, la realidad de la mayoría de los países occidentales, tanto del *civil* como del *common law*, muestra que los poderes probatorios del juez son reconocidos conjuntamente con el derecho de las partes a probar sus alegaciones o bien con un carácter residual o complementario, constituyendo ésta la evolución que ha experimentado el proceso civil de tipo adversarial en el mundo contemporáneo, que se percató que el “*adversary system*” puro que entrega a las partes el dominio exclusivo de la conducción del proceso y la aportación de las pruebas, puede comportar el retardo en los tiempos procesales, un aumento de los costos económicos y sociales de la litigación, un incentivo para el desarrollo de estrategias y tácticas procesales de los abogados, una profundización de las desigualdades de las partes litigantes y, quizá lo peor de todo, un alejamiento de la necesaria justicia material de la decisión final, encontrándonos de este modo, tanto en Chile como en la mayoría de los países de cultura occidental frente a un proceso civil de tipo adversarial atenuado o mixto, en que las partes tienen total reconocimiento del derecho de contradecir y a defenderse en juicio, incluido desde luego el derecho a probar, en que el juez debe fundamentar fáctica y jurídicamente su sentencia, en que se puede recurrir ante un tribunal superior de la sentencia, etc. Por mucho que a este juez de este modelo adversarial atenuado o mixto se le confieran poderes probatorios *ex officio*, jamás podría ser considerado un juez inquisitivo y antiliberal⁸⁷.

De lo dicho y expuesto hasta ahora se concluye, en esta parte, que desde la perspectiva doctrinaria resulta legítimo conferir poderes activos en materia probatoria al juez civil, no pudiendo considerarse que los mismos vulneren el derecho de los justiciables a un tribunal imparcial, en la medida que su implementación resulta coherente con la C. Pol. tanto en lo que refiere al respeto a la garantía fundamental al debido proceso y al legítimo ejercicio del derecho a defensa de las partes, como al adecuado y más eficiente ejercicio de la función jurisdiccional, que considere un marco temporal razonable de desarrollo y resolución de los conflictos intersubjetivos y su corolario en una sentencia más justa, en el entendido que un juez que propone pruebas, complementaria y subsidiariamente a la facultad principal de las partes, no pierde su imparcialidad en la causa, por resultar imposible para él anticipar el eventual resultado de las mismas, permitiendo al Tribunal

⁸⁷ BORDALÍ SALAMANCA, Andrés. (2009). El derecho fundamental a un tribunal independiente e imparcial en el ordenamiento jurídico chileno. *Revista de derecho (Valparaíso)*, (33). op. cit. pp. 284-286.

aproximarse más a la verdad de los hechos controvertidos por las partes al interior del litigio, lo que conlleva necesariamente a una mejor, más acertada y correcta aplicación del derecho al caso concreto y a la obtención de una decisión más buena y justa.

La discusión entonces, más que centrarse en la procedencia de atribuir facultades probatorias al juez, debe enfocarse en la forma como dichas facultades son estructuradas y conferidas al tribunal en el proceso civil, su ámbito de ejercicio, alcance, límites y presupuestos de operatividad, a fin que queden suficientemente salvaguardadas las garantías fundamentales de los justiciables a un justo y racional procedimiento, a un juez imparcial e independiente y al ejercicio legítimo de su derecho a defensa.

Sobre el punto Tavolari, para precisar el ámbito hacia el que se proyecte la actividad probatoria del juez, delimitando su esfera de acción, distingue los hechos que pueden ser objeto de la misma, clasificándolos en: a) hechos propuestos por las partes y controvertidos; b) hechos propuestos por las partes y aceptados; y c) hechos no propuestos por las partes.

Los primeros constituyen la materia propia, no solo de la actividad probatoria del juez, sino de toda actividad probatoria, ello porque el objeto del proceso y la determinación del *thema probandum* son privativos de las partes. Citando a Calamandrei sobre el punto señala que, no sólo, pues, el juez no puede proveer si antes no ha habido alguien que se lo haya pedido, sino que debe, además, al proveer, mantenerse dentro del tema planteado por las partes, en el sentido de que, al indagar si existen las condiciones para aceptar la demanda, debe tomar en consideración solamente los hechos alegados por las partes. Así, de la indiscutida facultad de delimitar, entonces, el objeto del proceso, se desprende que las partes, exclusivamente, fijan los hechos que serán materia del debate y que lo son también de la prueba, tanto de aquella que emana de los justiciables como de aquella que propone el juez.

En lo que refiere a los hechos propuestos por las partes y aceptados, queda vedado al juez, mediante su intervención en la actividad probatoria, entrar a establecer si los hechos admitidos por las partes son o no efectivos, debiendo aceptarlos, por cuanto ellos no constituyen la cuestión entregada a la decisión jurisdiccional.

Finalmente, en cuanto a los hechos no propuestos por las partes, siguiendo a Montero Aroca, considera que atentaría contra la imparcialidad del juez el confiarle o permitirle la aportación de hechos al proceso, para luego concluir afirmando que la iniciativa probatoria del juez no mengua su

imparcialidad, a condición que se extienda sólo a los hechos alegados y controvertidos por las partes⁸⁸.

El profesor Maturana destaca, por su parte, la necesidad de establecer un límite temporal al ejercicio de las facultades oficiosas del juez en materia probatoria, pudiendo ejercerse sólo hasta antes de que la causa quede en estado de sentencia⁸⁹, a diferencia de lo que sucede hoy en día con las medidas para mejor resolver, conferidas al juez para ser decretadas facultativamente una vez concluido el debate, después de la citación a las partes para oír sentencia.

En el mismo sentido, Picó I Junoy asevera que se puede atribuir iniciativa probatoria al juez, pero limitándola a: 1) a los hechos discutidos en el proceso; 2) a las fuentes probatorias que ya consten en la causa; y 3) que se permita ejercer el derecho de defensa de los litigantes, ampliando las pruebas inicialmente propuestas por ellos⁹⁰. Bordalí y Hunter agregan que la atribución de facultades oficiosas probatorias al juez, para no vulnerar el derecho de defensa, debe condicionarse, determinando los presupuestos de operatividad de tales poderes, confiriéndole a las partes la oportunidad para: i) controvertir la pertinencia o relevancia de la prueba que se intenta introducir; ii) participar en su realización; iii) producir contraprueba; iv) discutir acerca de la eficacia de la prueba de oficio antes de la decisión; v) la potestad probatoria debe limitarse a los hechos discutidos en el pleito; vi) a las fuentes probatorias que ya constan en la causa; y vii) que se permita ejercer el derecho de defensa de los litigantes, ampliando sus pruebas inicialmente propuestas⁹¹. Estas garantías deben desarrollarse bajo un necesario contradictorio, que se erija no sólo en una garantía procesal de carácter general, sino que además en el campo específico de la utilización de poderes materiales del juez, constituye un supuesto de actuación del órgano jurisdiccional, previo y necesario para la verificación de las restantes garantías⁹².

Del mérito de lo expuesto concluimos que, doctrinariamente, la adecuada configuración de las potestades oficiosas del juez en materia probatoria pasa por limitarlas y circunscribirlas a los hechos de la causa, fijados por las partes al determinar su objeto, dentro de la etapa de discusión y hasta la fase preparatoria del juicio, y a su ejercicio en el contexto de un contradictorio cabal que permita a las partes discutir su procedencia y pertinencia, facultándolas para producir contraprueba.

⁸⁸ TAVOLARI OLIVEROS, RAÚL. (1994) *Tribunales, Jurisdicción y Proceso*, op. cit. pp. 31-34;

⁸⁹ MATURANA MIQUEL, CRISTIAN, "Los principios que deben regir un nuevo Proceso Civil en Chile", op.cit., p.16.

⁹⁰ PICÓ I JUNOY, JOAN, "El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: Un debate mal planteado", op.cit., p. 120.

⁹¹ BORDALÍ, ANDRÉS, "El debido proceso civil", op.cit., p.271. Del mismo: "Los poderes del juez civil", op.cit., p.15; HUNTER AMPUERO, IVÁN, "Poderes del juez civil: Algunas consideraciones a propósito del Juez de Familia", op.cit., p. 226; del mismo autor: "Las Potestades Probatorias del Juez de Familia", op. cit. pp. 141-157.

⁹² Loc. Cit.

CAPÍTULO II:

La iniciativa probatoria del juez en el Proyecto de Nuevo Código Procesal Civil Chileno

1.- Tramitación del Proyecto

Ingresado a la Honorable Cámara de Diputados en Primer Trámite Constitucional el 13 de marzo de 2012⁹³, el PNPC se encuentra actualmente en Segundo Trámite Constitucional en el Senado de la República, sin Urgencia⁹⁴, luego de haber sido aprobado por la primera el 7 de mayo de 2014 y remitido a la segunda mediante oficio N°11.272 de esa misma fecha, con una serie de modificaciones que apuntaremos, en lo atinente a la discusión referida a la materia de nuestro estudio, a continuación.

2.- Facultades probatorias conferidas al juez civil

a) Facultades formales de dirección:

Para iniciar el análisis de las normas de PNPC atinentes al tema de este estudio, resulta necesario distinguir, en primer término, y atendiendo a las potestades de las partes y del juez en el proceso, entre facultades de dirección formal y facultades materiales del proceso. Las primeras determinan quién tiene a su cargo el control de la regularidad formal o técnica de los actos procesales y el impulso del proceso, no refiriéndose ni afectando al contenido de fondo, sino más bien al control de admisibilidad de la pretensión y a la carga de dar curso a la causa haciéndola avanzar por las fases legalmente previstas. Referidas éstas por Hunter como “potestades ligadas la *iter* procesal”, se definen como facultades meramente formales, que 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 partes⁹⁵. Por su parte, las facultades materiales, atienden a quién debe aportar los elementos que pueden influir en la decisión que ha de adoptar el juez al final del proceso, principalmente referidos a los hechos y a las pruebas⁹⁶.

⁹³ https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=8596&prmBoletin=8197-07 (consulta 5 de mayo de 2018)

⁹⁴ <http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php> Boletín N°8197-07 (consulta 5 de mayo de 2018)

⁹⁵ MONTERO AROCA, JUAN, op.cit., p.94; HUNTER AMPUERO, IVÁN, “Poderes del juez civil: Algunas consideraciones a propósito del Juez de Familia”, ob.cit., p.211;

⁹⁶ MONTERO AROCA, JUAN, op.cit., p. 72.

En el sentido de lo expuesto, el PNCPC en su Libro Primero, sobre Disposiciones Generales, Título I Principios General, luego de consagrar en su artículo 1°, sobre la *Tutela jurisdiccional*, el derecho a la acción, que asiste a toda persona para recabar de los tribunales la protección de sus derechos, con arreglo a un *debido proceso*, y después reconocer, en su artículo 2°, el principio dispositivo (*artículo 2°.- Iniciativa. La iniciación del proceso, así como la introducción de las pretensiones y excepciones incumben a las partes*), dispone en el artículo 3°.- *Dirección e impulso procesal. La dirección del procedimiento corresponde al tribunal, quien adoptará 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*, configurando la potestad de dirección formal o *iter* procesal del tribunal.

Así también se entienden las facultades que confiere al tribunal el inciso segundo del artículo 5°, para que, velando por la buena fe procesal, *de oficio* o a petición de parte, prevenga, corrija y sancione, *toda acción u omisión que importe un fraude o abuso procesal, colusión, contravención de actos propios o cualquiera otra conducta ilícita, dilatoria o de cualquier otro modo contraria a la buena fe*. En los mismo términos, la continuidad y concentración que sanciona en el artículo 8°, que insta al juez a agrupar en una misma oportunidad procesal todas las actuaciones que así lo permitan; el artículo 13 que, al sancionar la aplicación e interpretación de la ley procesal, le ordena al juez tener en cuenta que el fin de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos en la ley sustantiva y que en la pronta sustanciación de los procesos y la justa resolución de los conflictos sometidos a su competencia, existe un interés público comprometido; el artículo 68, que se refiere a la continuidad de las audiencias y que manda al tribunal, en caso que no fuere posible concluir las en el día de su inicio, declarar su interrupción para continuar en sesiones sucesivas, debiendo fijarla en fechas cercanas, a efectos de procurar la continuidad del proceso y del juez que conoce el asunto; el artículo 71, que al regular la dirección de la audiencia, le impone al juez la dirección del debate, disponiendo la práctica de actuaciones judiciales, exigiendo el cumplimiento de los actos procesales que correspondieren, debiendo velar por su normal desarrollo, moderando su discusión, pudiendo impedir que las alegaciones se desvíen hacia aspectos no pertinentes o inadmisibles, pero sin coartar el ejercicio del derecho a defensa y velando por la igualdad de oportunidades, pudiendo limitar razonablemente el uso de la palabra a las partes; el artículo 73, que al referirse a las facultades disciplinarias, entrega al tribunal su ejercicio para castigar las faltas o abusos que se cometieren durante la audiencia conforme a lo previsto en el C.O.T., pudiendo, además, expulsar al infractor de la sala, salvo en el caso del abogado, quién podrá ser sancionado al finalizar la audiencia; el inciso

segundo del artículo 74, que al regular la publicidad de las audiencias, faculta al tribunal para que a petición de parte y en casos graves y calificados, limite total o parcialmente el acceso de público o impida el acceso u ordene la salida de personas, en resguardo del normal desarrollo de la audiencia, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 9° y 85, inciso segundo; el artículo 78, que al referirse a la ratificación de presentaciones, faculta al juez, de oficio o a petición de parte, a exigir, si lo estima necesario para acreditar la autenticidad de las presentaciones, la comparecencia del abogado, del representante o de cualquiera de las partes u otros comparecientes, en su caso, a fin que las ratifiquen ante el respectivo ministro de fe del tribunal; los artículos 115 y 116, que al regular la suspensión del procedimiento, el primero, y la caducidad del mismo, el segundo, le confieren al tribunal, si transcurrido el plazo de la suspensión ninguna de las partes solicitare la dictación de la resolución para su reanudación, dentro del plazo de quince días, la facultad de decretar de oficio la caducidad del procedimiento y ordenar el archivo de los antecedentes, prescribiendo lo mismo para los casos de la no comparecencia de las partes a la audiencia preliminar, de juicio o sumaria y en que ninguna de ellas hubiera solicitado la dictación de la resolución necesaria para su reanudación dentro del plazo de quince días o si el actor no proporcionare los antecedentes necesarios para la notificación al demandado; el artículo 124, que al referirse a los sujetos y oportunidad para la sanción de ineficacia de los actos procesales con su declaración de inexistencia o nulidad, faculta al juez para constatar la primera y declarar la segunda de oficio o a petición de parte; así también el artículo 126, que al regular las facultades preventivas y correctivas del tribunal, habilita al juez para, de estimar haberse producido un acto anulable que admita convalidación y no hubiere sido saneada, poner el hecho en conocimiento de las partes, pudiendo sólo corregir de oficio los errores que observe en la tramitación del juicio y adoptar las medidas que tiendan a evitar nulidades futuras, si ellos no hubieren sido convalidados; el inciso segundo del artículo 127, que referido a los efectos de la declaración de nulidad, le otorga al tribunal, al declarar la nulidad, la potestad para determinar concretamente cuales son los actos a los que ella se extiende en razón de su conexión con el acto declarado nulo; el artículo 258, que al mandar el control de admisibilidad de la demanda, faculta al juez, si estimare que la demanda no puede ser admitida a tramitación, a así declararlo de plano, siempre que conste en forma manifiesta del expediente o se funde en hechos de pública notoriedad; el inciso final del artículo 268, que al regular la tramitación y fallo de las excepciones previas, autoriza al tribunal a resolverlas excepcionalmente de plano, si se fundan en hechos que consten del proceso o sean de pública notoriedad; el inciso cuarto del artículo 276, que al referirse a las alegaciones complementarias, alegaciones de hechos nuevos o desconocidos y ampliación de prueba, faculta al

tribunal para rechazar de plano la solicitud cuando no se justifique que el hecho no se pudo alegar en la oportunidad procesal prevista por la ley o se trate de un hecho que carezca de relevancia para la decisión del asunto controvertido; el artículo 280, que al regular el contenido de la audiencia preliminar, faculta al juez, en su numeral 1. para que después de oír al actor y al demandante reconvenicional, en su caso, resuelva las excepciones previas que no se hubieren resuelto de plano, recibirlas a prueba si lo estima necesario u omitir pronunciamiento respecto de las referidas a la prescripción de la acción, a la caducidad del derecho, a la cosa juzgada y a la falta manifiesta de legitimación o interés, reservando su resolución para definitiva; en el numeral 4. de la misma norma que, al establecer el llamado a conciliación en la audiencia preliminar, dispone que el juez debe proponer personalmente bases de arreglo, tratando de obtener una conciliación total o parcial del litigio, debiendo, sin perjuicio del registro de la audiencia, levantar acta escrita en la que se consignent las especificaciones del arreglo, facultándose, finalmente, al tribunal a citar a las partes a conciliación en cualquier tiempo; en el numeral 5. del citado artículo 280, que dispone que el tribunal dictará la correspondiente sentencia interlocutoria con el fin de sanear el proceso, resolviendo las nulidades denunciadas o las que el tribunal hubiere advertido, decidiendo, a petición de parte o de oficio, todas las cuestiones que obstaren a la decisión sobre el fondo del asunto; en el número 7. de la misma norma, que al disponer que el tribunal fijará los hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos que deben ser probados, debe también aprobar las convenciones probatorias que las partes hayan acordado; en el numeral 8. del citado artículo, que faculta al juez a excluir la prueba que se declare inadmisibles de conformidad a lo dispuesto por el artículo 292, admitiendo las demás y ordenando su producción en la audiencia de juicio; en los numerales 10., 11. Y 12. del artículo 280 citado, que establecen que el juez fijará la fecha de la audiencia de juicio, decretará las medidas cautelares que se solicitaren y sean procedentes y resolverá sobre la mantención de las dispuestas con anterioridad, y, en general, dispone que conozca y resuelva en dicha audiencia preparatoria la totalidad de las incidencias planteadas por las partes.

b) Facultades materiales

Como ya indicáramos, estas facultades se circunscriben a la introducción al proceso de dos de sus elementos fundamentales: los hechos y las pruebas.

En lo que refiere a las pruebas y la oportunidad en que ellas pueden ser aportadas al proceso, se distingue claramente en el PNCPC la posibilidad que ellas sean producidas o recepcionadas: a) en la

audiencia que acoja la solicitud de medidas prejudiciales preparatorias o probatorias; b) en la audiencia preliminar; y c) en la audiencia de juicio.

Las medidas prejudiciales se conciben, en general, como los medios que franquea la ley a las partes litigantes para preparar su entrada al juicio. El PNCPC las regula en el *Título XII de su Libro I*, acerca de *Las Medidas Prejudiciales y Las Medidas Cautelares, Capítulo 1º, Las Medidas Prejudiciales*, disponiendo en su artículo 161. *“Objeto de las medidas prejudiciales y sujeto legitimados para solicitarlas. El que pretenda demandar en cualquier tipo de procedimiento, podrá solicitar al tribunal con antelación a la interposición de la demanda, diligencias destinadas a preparar la acción que se pretende deducir, a rendir pruebas que en su momento pudieren no estar disponibles, o a cautelar pretensión...”*

Las medidas prejudiciales preparatorias son aquellas destinadas a alistar el ejercicio de una acción que se pretenda interponer o una defensa y están contempladas en el Párrafo 1º del citado Título XII, en el artículo 162, norma que dispone: *“Medidas prejudiciales preparatorias. Para preparar el ejercicio de la acción que se pretenda entablar o la defensa en su caso, se podrán solicitar prejudicialmente, entre otras, las siguientes medidas:...”*. Su enumeración -no taxativa, como se desprende del sentido de la norma transcrita- incluye en el numeral 1. La declaración de aquel a quien se pretende demandar acerca de su capacidad para comparecer en juicio, la individualización de su mandatario judicial o representante legal o convencional y el título de su designación y en general, cualquier hecho relativo a su capacidad, personería, legitimación o a otros antecedentes necesarios para deducir válida y eficazmente la acción contra quien correspondiere; el número 2. refiere a la constitución en el lugar donde va a entablarse el juicio de un apoderado que represente a aquel cuya ausencia del país fundadamente se tema bajo apercibimiento de nombrársele un curador *ad litem*; el numeral 3. Trata sobre la exhibición de la cosa mueble que haya de ser objeto de la acción que se trata de entablar o el permiso de acceso al lugar o recinto cuyo estado se requiera examinar para ejercer la acción respectiva; el número 4. Sanciona la exhibición de determinados documentos públicos o privados, registros y bases de datos en soporte físico o electrónico; el 5. a la exhibición de libros de contabilidad relativos a negocios en que tenga parte el solicitante; y el numeral 6. al reconocimiento de firma, puesta en instrumento privado, sea en soporte físico o electrónico, pudiendo el tribunal decretar a solicitud del futuro demandante o demandado, cualquier otra medida que estime necesaria para preparar la entrada al juicio o asegurar una defensa adecuada, como dispone el inciso final de la norma citada.

Por su parte las medidas prejudiciales probatorias, corresponden a aquellas que tienen por objeto producir medios de prueba con antelación al juicio, por existir fundados temores de que desaparezcan. Están reguladas en el Párrafo 2° del citado título, de los artículos 163 a 170 de PNCPC, prescribiendo el primero de los citados: *Art. 163.- Medidas prejudiciales probatorias. El que pretendiere demandar en cualquier tipo de procedimiento o el que tuviere justificado temor de ser demandado, podrá solicitar la producción o recepción anticipada de prueba legalmente procedente, en los casos que exista fundado temor que por causa de las personas o por el estado de las cosas, pudiera resultar imposible o muy difícil la producción o rendición de esa prueba en la audiencia preliminar o de juicio según correspondiere”.*

En el Párrafo 3°, acerca de la *Tramitación de las Medidas Prejudiciales Preparatorias y Probatorias*, el PNCPC se establece en su artículo 164.- *los Requisitos de la solicitud*, la que examinada por el tribunal podrá ser denegada de plano si ellos no se cumplen, ordenando, si los cumpliere, se notifique, apercibiéndose a quien deba cumplir las diligencias con las sanciones contempladas en este título, según correspondiere (multas y arresto), tal y como dispone el artículo 165 del proyecto.

En su artículo 166. denominado *Tramitación en la audiencia*, se dispone que conforme a la naturaleza de lo solicitado y según lo permitan las circunstancias del caso, el tribunal deberá citar para su cumplimiento a una audiencia a todas las personas a quienes se requerirá alguna actividad con motivo de la medida, a quienes ella afectará y a quienes debieran actuar como parte en el futuro juicio, regulando luego, en su artículo 167. la tramitación de las mismas fuera de audiencia, precediendo la debida notificación de la solicitud de medidas prejudiciales, en los mismos términos del artículo anterior.

Como se desprende de las normas del PNCPC citadas, la iniciativa probatoria en la etapa prejudicial responde exclusivamente a la iniciativa de las partes.

En lo que refiere a la prueba anticipada, el PNCPC contempla y regula la posibilidad de producirla en su *Libro II, PROCESOS DECLARATIVOS, Título I Juicio Ordinario, Capítulo 5° De la Audiencia de Juicio, Párrafo 2° Disposiciones Generales acerca de la Prueba*, en su artículo 287. intitulado *Prueba anticipada*, prescribiendo que: *“En los escritos principales del período de discusión y hasta la audiencia preliminar, cualquiera de las partes podrá solicitar al tribunal la práctica anticipada de algún acto de prueba cuando exista el temor fundado de que, por causa de las personas o por el estado de las cosas, pudiera resultar imposible o muy difícil la producción o rendición de esa prueba en la audiencia de juicio”*, debiendo sujetarse, para rendirla, al procedimiento establecido para las medidas prejudiciales preparatorias o probatorias, ya referido.

Asimismo, el inciso segundo del artículo 255, en el Capítulo I, del Libro II Título I citado, denominado *Ofrecimiento de prueba testimonial, pericial y de otros medios probatorios*, sanciona la facultad del actor de *“solicitar en la demanda la práctica de prueba anticipada que estime necesaria, señalando las razones que justifican dicha solicitud en conformidad a lo establecido en el artículo 287”*. En los mismos términos, el inciso quinto del artículo 273, del Capítulo 3°, del Libro II Título I citado, faculta al demandado para *“solicitar en la contestación de la demanda la práctica de prueba anticipada que estime necesaria, señalando las razones que justifican dicha solicitud en conformidad a lo establecido en el artículo 287”*.

En lo que refiere a la audiencia preliminar, regulada en el Capítulo 4° del Libro II, Título I citado, de los artículos 278 a 283 del PNCPC, en el numeral 9. del artículo 280, referido al *Contenido de la audiencia preliminar*, se dispone que en ella *“se recibirá la prueba anticipada que hubiere sido ofrecida en los respectivos escritos principales del período de discusión y la que solicitaren las partes en el curso de la audiencia, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 287”*, debiendo en su caso, señalarse, detalladamente, las pruebas que las partes ya hubieren rendido en forma anticipada.

Del tenor de las normas citadas se concluye, que la iniciativa probatoria, en lo que refiere a la prueba anticipada corresponde también exclusivamente a las partes, sea demandante o demandado, quedando vedado al juez potestades a este respecto.

Ahora bien, es justamente en la audiencia preliminar en donde se contempla principalmente el ofrecimiento de pruebas al proceso, las que serán rendidas posteriormente en la audiencia de juicio, pero también se regula en ella la recepción o producción de otras. En este sentido se entiende lo dispuesto por el artículo 280. numeral 3., que al regular el contenido de dicha audiencia dispone que el tribunal, después de oír al actor y al demandante reconvenional, en su caso, resolverá las excepciones previas opuestas a la demanda principal o reconvenional que no se hubieren resuelto de plano, fijando los puntos sustanciales, pertinentes y controvertidos que requieran prueba, si estimare necesario acreditar dichas excepciones, recibiendo en la misma audiencia la que ofrezcan las partes. De la misma forma ha de considerarse lo dispuesto en su citado numeral 9., respecto de la prueba anticipada.

No obstante, y como se dijo, el objetivo central de la audiencia preliminar lo constituye la fijación definitiva de la *litis* y la determinación de los hechos que constituyen la controversia, mismos que deben ser probados posteriormente en la audiencia de juicio, junto con ello, en esta audiencia el juez debe proceder a la aprobación de las convenciones probatorias acordadas por las partes, así como determinar la admisión y exclusión de prueba por las partes. En estos términos, el citado

artículo 280 numeral 7. dispone que *“el tribunal fijará los hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos que deben ser probados y aprobará las convenciones probatorias que las partes hayan acordado”*. En su número 8. Señala que *“el tribunal determinará las pruebas que deberán rendirse en la audiencia de juicio al tenor de las propuestas de las partes en sus escritos principales y aquellas destinadas a acreditar las alegaciones complementarias y de hechos nuevos o desconocidos prevista en el artículo 276, que no hayan sido rechazadas de plano. Se excluirán de ser rendidas aquellas pruebas que se declaren inadmisibles en conformidad a lo dispuesto por el artículo 292”*. Finalmente, en su numeral 9. dispone que *“Se recibirá la prueba anticipada que hubiere sido ofrecida en los respectivos escritos principales del período de discusión y la que soliciten las partes en el curso de la audiencia, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 287. En su caso, deberán señalarse, detalladamente, las pruebas que las partes ya hubieren rendido en forma anticipada”*.

La actividad probatoria del tribunal se circunscribe entonces en esta etapa del juicio, en principio, a fijar el asunto controvertido, a establecer los hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos a ser probados por las partes en la audiencia de juicio, a aprobar las convenciones probatorias acordadas por las partes, a determinar la prueba que deberá rendirse en la audiencia de juicio y a excluir las pruebas manifiestamente impertinentes o no idóneas, las que tuvieran por objeto acreditar hechos públicos y notorios, las pruebas sobreabundantes y aquellas obtenidas con infracción de garantías fundamentales o hubieren sido declaradas nulas y aquellas que recaigan sobre hechos no controvertidos, a menos que, en este último caso, se tratare de cuestiones indisponibles para las partes.

De conformidad a lo dispuesto por el artículo 281, referido al *Contenido de la resolución que cita a audiencia de juicio*, *“al término de la audiencia preliminar, si no se hubiere producido una conciliación total, el juez dictará una resolución, que contendrá las menciones siguientes:*

- a) La hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos que deberán ser probados.*
- b) Los hechos que se dieren por acreditados en función de las convenciones probatorias celebradas por las partes o por no existir contradicción.*
- c) Las pruebas que deberán rendirse en el juicio y aquellas que se hubieren excluido.*
- d) La indicación de la prueba ya rendida.*
- e) La citación e individualización de los testigos, peritos y partes que deban ser llamados para prestar declaración en la audiencia respectiva, al tenor de los hechos para los cuales se hubiere ofrecido y aceptado su declaración. Las partes se entenderán citadas a la audiencia de juicio por el sólo ministerio de la ley.*

f) *El día y hora en que se verificará la audiencia de juicio*”.

La audiencia de juicio, por su parte, es aquella que tiene como principal finalidad el que las partes rindan toda la prueba determinada en la audiencia preliminar, atingente a establecer los fundamentos de sus pretensiones y defensas. El PNCPC la regula en el Capítulo 5° del Título I, del citado Libro II, denominado *De la audiencia de Juicio*, definiendo en su Párrafo 1° *Los Objetivos y Principios de la Audiencia de Juicio*. En el artículo 284, define su objeto, prescribiendo: *“Objeto de la audiencia de juicio. En la audiencia de juicio deberá recibirse la prueba ordenada en la resolución que cita a juicio sin perjuicio de realizarse los demás actos procesales que autorice o disponga la ley”*. A su vez, el artículo 285. dispone en lo que refiere a los Principios que rigen la audiencia de juicio que, *“los principios generales señalados el Título I del Libro I se aplicarán, especialmente, a la audiencia de juicio”*. Estos últimos, regulados del artículo 1° al 9° en el PNCPC, se refieren a los principios de *Tutela Jurisdiccional*, de *Iniciativa*, de *Dirección e impulso procesal*, de *Igualdad de oportunidades*, de *Buena fe procesal*, de *Oralidad*, de *Inmediación*, de *Continuidad y concentración* y de *Publicidad*.

A continuación, en el citado Título I de su Libro II el PNCPC regula, en el párrafo 2° sobre *Disposiciones Generales acerca de la prueba*, de los artículos 286 a 295, la *Libertad y oportunidad probatoria*, la *Prueba anticipada*, la *Iniciativa probatoria*, la *Prueba no ofrecida oportunamente*, la *Contraprueba*, las *Convenciones probatorias*, la *Exclusión de prueba*, la *Prueba del derecho extranjero*, la *Carga de la prueba* y la *Valoración* de la misma.

En el artículo 286, denominado *Libertad y oportunidad probatoria*, dispone que: *“todos los hechos y circunstancias pertinentes para la adecuada solución del conflicto sometido a la decisión del tribunal podrán ser probados por cualquier medio obtenido, ofrecido e incorporado al proceso en conformidad a la ley”*, prescribiendo en su inciso segundo que: *“salvo disposición legal en contrario, la prueba que hubiere de servir de base a la sentencia deberá rendirse en la audiencia de juicio ante el tribunal que conoce del proceso”*, consagrando la que constituye la regla general sobre la rendición de la prueba.

A continuación, luego de regular la prueba anticipada en el artículo 287, disposición que ya refiriéramos, el PNCPC consigna la norma clave en directa referencia al tema que nos ocupa, cuando en su artículo 288, denominado *Iniciativa probatoria*, dispone en su inciso primero, que: *“las partes podrán ofrecer los medios de prueba de que dispongan y solicitar al juez que se ordene, además, la generación u obtención de otros de que tengan conocimiento y que no dependan de ellas sino de un órgano o servicio público, de terceras personas o de la contraparte, tales como documentos, certificaciones u otro medio apto para producir fe sobre un hecho determinado”*, consagrando la

potestad material de las partes y el principio de aportación en virtud de los cuales ellas detentan, principalmente, la facultad de proponer e incorporar los medios de prueba de que dispongan para acreditar sus asertos en el proceso e incluso solicitar al tribunal la incorporación de otros de los que tengan conocimiento, sea que obren en posesión de un órgano o institución público, en manos de terceros o de la contraparte.

Por su parte, el inciso segundo del citado artículo 288 consagra las atribuciones probatorias oficiosas del juez, cuando dispone que: *“Hasta antes del término de la audiencia preliminar, el tribunal, de oficio, podrá ordenar las diligencias probatorias que estime necesarias para el esclarecimiento de la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho a defensa de las partes. En ejercicio de este derecho, las partes podrán solicitar, en el mismo acto, una contraprueba a la solicitada por el tribunal, conforme a lo previsto por el artículo 290”*. Así, el otorgamiento de potestades probatorias oficiosas al tribunal queda circunscrito a una etapa determinada, esto es hasta antes de término de la audiencia preliminar⁹⁷, estableciéndose como requisito el respeto del derecho a defensa de las partes, otorgándose a ellas el derecho a solicitar una contraprueba.

Sometido a votación, el inciso segundo del artículo 288 fue aprobado por cinco votos a favor y dos abstenciones. Votaron a favor los diputados señora Turre y señores Burgos, Ceroni, Letelier y Squella. Se abstuvieron los diputados señores Araya y Calderón, tal y como da cuenta el Primer Informe de La Comisión de Constitución, Legislación y Justicia a la Honorable Cámara de Diputados de fecha 8 de enero de 2014⁹⁸.

Luego el artículo 289, referido a la *Prueba no ofrecida oportunamente*, prescribe que: *“a petición de alguna de las partes el tribunal, después de escuchar a la contraria, podrá ordenar la recepción de pruebas que aquellas no hubieren ofrecido oportunamente, cuando justificare no haber podido ni debido conocer su existencia sino hasta ese momento y siempre que el juez considere que resultan esenciales para la resolución del asunto”*.

En seguida el artículo 290, denominado *Contraprueba*, dispone que: *“excepcionalmente, si con ocasión de la rendición de una prueba determinante se suscitare alguna cuestión relacionada con su autenticidad, veracidad, integridad o validez, que no hubiere sido posible prever con anterioridad, el tribunal podrá autorizar la presentación de nuevas pruebas destinadas a esclarecer esos puntos, aunque ellas no hubieren sido ofrecidas oportunamente y siempre que no hubiere sido posible prever*

⁹⁷ Lo que explica que refiriéramos previamente, al analizar las potestades materiales del tribunal en esta audiencia, que *“en principio”* ellas sólo se circunscribían a los numerales 7., 8. y 9. del artículo 280.

⁹⁸ https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=8596&prmBoletin=8197-07 , Primer Informe de La Comisión de Constitución, Legislación y Justicia a la Honorable Cámara de Diputados, 8 de enero de 2014, pp. 338-345 (consulta 5 de mayo de 2018)

su necesidad". De este modo y por disposición del citado inciso segundo del artículo 288, el PNCPC hace aplicable la hipótesis excepcional de la contraprueba, cuando el tribunal, en ejercicio de sus potestades probatorias oficiosas, ordene las diligencias probatorias que estime necesarias para el esclarecimiento de la verdad de los hechos controvertidos, velando por el respeto al derecho a defensa de las partes, justamente mediante la concesión de la facultad de la contraprueba a las partes, con la finalidad de contrarrestar y equilibrar dentro del marco del contradictorio el ejercicio de la facultad probatoria ex *officio* ejercida por el juez.

Otra norma fundamental para entender la funcionalidad y mecánica de la prueba en el PNCPC, contemplada en el párrafo que revisamos, es la regla de la *Carga de la prueba* que consagra el artículo 294, que establece que: *"corresponde la carga de probar los fundamentos de hecho contenidos en la norma jurídica a la parte cuya aplicación le beneficie, salvo que una disposición legal expresa distribuya con criterios diferentes o de una manera diversa la carga de probar los hechos relevantes entre las partes"*. Luego el inciso segundo del Proyecto disponía que: *"el tribunal podrá distribuir la carga de la prueba conforme a la disponibilidad y facilidad probatoria que posea cada una de las partes en el litigio lo que comunicará a ellas, con la debida antelación, para que asuman las consecuencias que les pueda genera la ausencia o insuficiencia de material probatorio que haya debido aportar o no rendir la prueba correspondiente de que disponga en su poder"*.

Sobre la consagración en el inciso segundo del artículo 294 del PNCPC de la *"carga dinámica de la prueba"* o de la distribución de la carga de la prueba conforme a la disponibilidad y facilidad probatoria que posea cada una de las partes en el litigio, abrimos paréntesis para observar, en primer término, que ella no estaba directamente vinculada con la atribución de iniciativa probatoria oficiosa al juez, razón por la cual la doctrina que reseñáramos en el capítulo I no resulta pertinente ni atingente para sostener teóricamente, en esta parte, la procedencia de este instituto.

En segundo lugar constatamos que la incorporación de esta facultad excepcional⁹⁹ suscitó amplia discusión en el foro nacional, tanto en el ámbito de la doctrina procesal como civil, que consideraron que la regla propuesta alteraba drásticamente el sistema de prueba contemplado por el Código Civil, ya que su redacción, no obstante que el inciso primero del artículo 294 consagró una regla similar a la prevista en el artículo 1698 del Código Civil, la impondría como principio de regla general al entregar una facultad genérica al juez para distribuir la carga probatoria de otra manera,

⁹⁹ Así la refiere el Mensaje N°004-360 con que S.E. El Presidente de República don Sebastián Piñera Echenique dio inicio a la tramitación del Proyecto de Ley que establece el Nuevo Código Procesal Civil, con fecha 12 de marzo de 2012, en su capítulo *"IV. EJES CENTRALES Y PRINCIPIOS QUE INSPIRAN EL NUEVO CÓDIGO"* numeral *"1. El proceso como instrumento para el ejercicio de la función jurisdiccional y el rol del juez"*, p. 18.

exponiendo destacados civilistas se pasaría por encima de las reglas contenidas en la ley sustantiva, en la medida que se habilitaba al juez a vulnerar las presunciones legales de culpa tanto en materia contractual (artículo 1547 inciso 3° del Código Civil) como extracontractual (entre otros, artículos 2320, 2326 y 2329 del Código Civil), denunciando la falta de coordinación entre ambos textos y sosteniendo que no es correcto afirmar que las normas sobre la prueba de las obligaciones son materia de derecho procesal, si bien el derecho adjetivo se encarga de regular los pormenores de la actividad probatoria, cuando las normas básicas sobre prueba de las mismas son parte del derecho sustantivo civil, que corresponden a normas materiales que integran el contrato o que regulan el actuar de las personas en su relación con los demás y no disposiciones procesales, siendo el derecho civil el encargado de consagrarlas y de establecer sus principios, concluyendo que la disposición del inciso segundo del artículo 294 citado alteraría sustancialmente el sistema de contratos como instrumentos destinados a “*anticipar el futuro*”, afectando todo el modelo de intercambios y de libre mercado que se funda en ellos¹⁰⁰.

No obstante la completa y articulada respuesta que el profesor Tavorari¹⁰¹ formulara sobre el punto, exhortando a la confianza en los jueces, el inciso segundo del artículo 294 contemplaba una de las propuestas más controvertidas del PNCP, como lo advirtiera en su momento parte de la doctrina procesal, gran parte de la doctrina civil y la propia Corte Suprema cuando le correspondió informar el Proyecto, oportunidad en la cual ese Excelentísimo Tribunal señaló expresamente no compartir el rol asignado al juez en esta materia, observando que las reglas de la carga de la prueba deben estar definidas con anterioridad al inicio del proceso, no resultado apropiado determinarla según el caso y antecedentes que se le presenten al tribunal, por el riesgo implícito de generar situaciones arbitrarias¹⁰², opinión compartida, por el profesor Palomo¹⁰³, quien afirma que la regla de

¹⁰⁰ COMENTARIOS AL PROYECTO DE NUEVO CÓDIGO PROCESAL CIVIL, expuestos por Mauricio Tapia R., profesor de derecho civil y Director del Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, en la sesión especial de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, de 14 de mayo de 2012, destinada a analizar el Proyecto de nuevo Código Procesal Civil (Boletín N°8197-07); También en: El Mercurio Legal, 10 de julio de 2012: “83 profesores de derecho privado advierten sobre el impacto negativo de reforma procesal civil”, donde plantean, entre otros reparos, que en el ámbito del derecho de las obligaciones, la prueba es, quizás, la materia que más reparos merece desde la perspectiva del derecho civil, indicando los docentes que suscriben que la regla de la carga dinámica de la prueba recogida por el inciso 2° del artículo 294 altera todo el sistema de prueba del Código Civil, cuyas reglas consideran de derecho sustantivo, que obedecen a imperativos de seguridad jurídica, siendo los contratos instrumentos para “anticipar el futuro”, por lo que sostuvieron que el establecimiento de la carga dinámica de la prueba importaría significativas distorsiones en el sistema de contratos y de libre mercado, desde que afectaría la función de previsión propia de los contratos.

¹⁰¹ Tavorari Oliveros, R., “¿Confianza o desconfianza en los jueces?: un alegato a favor de conferir mayores oportunidades a la justicia, a propósito de la polémica por las cargas probatorias dinámicas o principio de facilidad de la prueba”, *Revista de Derecho Procesal: Proyecto de Código procesal civil*, Universidad de Chile, Núm. 22, 2012, pp. 355 y ss.

¹⁰² https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=8596&prmBoletin=8197-07, Cuenta oficio N°24-2013 Corte Suprema, Sesión 133ª 13, 5 de marzo 2013, pp. 303-313 (consulta 5 de mayo de 2018)

la carga de la prueba como norma de conducta para las partes nos recuerda que el proceso en general y su eje central, la prueba, se estructura sobre la base de la noción de carga como imperativo del propio interés. En otras palabras, centrándonos en la carga de la prueba, lo que se quiere destacar es que las partes no tienen el deber o la obligación de probar (en el sentido que su no ejercicio pueda provocar sanción o responsabilidad), pero si no son exitosos al levantar la “carga” de la prueba, la consecuencia negativa vendrá dada por una sentencia desfavorable a sus intereses. Bien se ha dicho que para las partes la carga de la prueba se traduce en una decisiva norma orientadora de su actividad y estrategia probatoria en el proceso, al punto que la parte que no levanta la carga que le corresponde resultará derrotada, pues el juez debe establecer las consecuencias de la falta de prueba de los hechos que una parte ha alegado, decidiendo en su contra: *“El principio fundamental que se sigue en numerosos ordenamientos se expresa tradicionalmente a través del brocardo onus probandi incumbit ei qui dicit. Se trata de la versión procesal de una regla generalísima de fairness, en virtud de la cual, quien hace una afirmación debe estar listo y dispuesto, si es requerido, a demostrar la verdad de lo que ha afirmado”*.

Tal y como da cuenta el Primer Informe de La Comisión de Constitución, Legislación y Justicia a la Honorable Cámara de Diputados de fecha 8 de enero de 2014, luego del debate la Coordinadora General de la Dirección de Gestión y Modernización de la Justicia del Ministerio de Justicia dio a conocer, en relación con el inciso segundo del artículo 294, que el Ejecutivo resolvió proponer la eliminación de la citada norma y por ende de esta figura, y la aplicación en su reemplazo de sanciones efectivas para aquella parte que tenga en su poder documentos y no los allegare al

¹⁰³ PALOMO VÉLEZ, DIEGO (2013): “LAS CARGAS PROBATORIAS DINÁMICAS: ¿ES INDISPENSABLE DARSE TODA ESTA VUELTA? *Ius et Praxis*, 19(2), op.cit. (consulta 1° de marzo de 2018) pp. 452-459. Llama al pie de página el autor para recordarnos, como lo hace también Tavolari, que el concepto de carga es mérito de James Goldschmidt, que se refirió al dinamismo de la situación procesal en virtud del cual cada uno de los litigantes se halla sujeto a estados de expectativa, de riesgo y chances según su comportamiento activo y diligente, que lo aproxima o aleja en cada instante de una sentencia favorable. Goldschmidt, J., *Derecho procesal civil*, Traducción de la 2da edición alemana por Leonardo Prieto Castro, Ed. Labor, Barcelona, 1936, pp. 201 y ss. También lo hace para apuntar que la cita corresponde a Taruffo, M., *Simplemente la verdad, el juez y la reconstrucción de los hechos*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 255 y 256, recordando que este autor, conocido por sus trabajos en donde ha promovido con bastante aceptación una visión publicista del proceso de la mano de un rol reforzadamente protagónico de los jueces civiles en la reconstrucción de la pequeña historia del proceso, como condición necesaria para la resolución justa de las contiendas, toma distancia de lo que desde su sector se continúa postulando, ahora en relación a la evolución de la regla de la carga de la prueba, expresando, por ejemplo, que le parece inaceptable que de una afirmación –no demostrada– de un hecho se puedan hacer derivar consecuencias jurídicas negativas de otro sujeto: *“esto es lo que ocurriría si se admitiera que la demanda del actor pudiera ser acogida sin que éste probara la verdad de los hechos que ha alegado y, por tanto, se admitiera que el demandado pudiera perder el caso sin que el actor haya probado tener razón en los hechos. Atribuir, en el proceso, la victoria a quien ha alegado un hecho sin demostrarlo parece un privilegio carente de justificación”*. Y lo hace sin apartarse de la función epistémica que le reconoce a la prueba: así señala que la carga de la prueba *“apunta ante todo a imponer a quien haya alegado un hecho la carga de demostrar con pruebas que ese hecho ocurrió verdaderamente. Esta regla está dirigida, entonces, a favorecer la determinación de la verdad y a lograr que la decisión final se funde en esa determinación. Presiona a la parte que ha alegado un hecho para que suministre su prueba, amenazándola –por decirlo así– con la derrota en el caso que el hecho no resulte probado”*.

proceso injustificadamente, las cuales consisten en tener por acreditados los hechos que constan en ellos y una multa, sanción esta última que se aplicaría igualmente al tercero que no los exhiba. Ello supone modificar los artículos 308, sobre exhibición de documentos, y 348, en su inciso final, relativo a los demás medios de prueba, de modo tal de sancionar a la parte que teniéndolos en su poder, no los aportare o los exhibiere injustificadamente, dando por acreditados los hechos contenidos en aquella prueba.

Cerrado el debate, la unanimidad de los diputados presentes acordó eliminar el inciso segundo del artículo en comento. Participaron en la votación los diputados señora Turre y señores Araya, Burgos, Calderón, Ceroni y Letelier¹⁰⁴.

Concluido el paréntesis, terminamos el análisis de las normas contempladas en el citado Título I del Libro II del PNCPC, en su párrafo 2° sobre *Disposiciones Generales acerca de la prueba*, con la disposición del artículo 295, denominado *Valoración de la prueba*, que dispone que: *“salvo que la ley atribuya un valor determinado a un medio probatorio, el juez preciará la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica. En consecuencia, deberá estarse a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, salvo texto legal que contemple una regla de apreciación diversa.*

Sin embargo, el acto o contrato solemne sólo puede ser acreditado por medio de la solemnidad prevista por el legislador.

Se dará por establecido el hecho que se presume de derecho si se han acreditado sus supuestos y circunstancias, sin que se admita prueba en contrario.

El hecho que se presume legalmente se dará por establecido si se han acreditado sus supuestos o circunstancias, a menos que se hubiere rendido prueba que permita establecer un hecho distinto del colegido”.

Esta norma es trascendente, en la medida que termina con el sistema de la prueba legal tasada, constituyendo una clara evolución del sistema probatorio civil desde la ponderación legal de la prueba hacia el sistema de persuasión racional, imponiendo la primacía de la sana crítica como sistema de valoración y apreciación de la prueba, evolución que había sido precedida mediante la incorporación parcelada de la sana crítica en diversos procedimientos especiales¹⁰⁶, pero que resulta

¹⁰⁴ https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=8596&prmBoletin=8197-07, Primer Informe de La Comisión de Constitución, Legislación y Justicia a la Honorable Cámara de Diputados, 8 de enero de 2014, pp. 347-358 (consulta 5 de mayo de 2018)

¹⁰⁶ Tribunales de familia (ley N° 19.968, art. 32); Proceso penal (*Código Procesal Penal*, art. 297); Ambiente (ley N° 19.300, art. 62); Protección de los Derechos de los Consumidores (ley N° 19.496, art. 56, hoy art. 50 B, con la reforma de la ley N° 19.955); Copropiedad Inmobiliaria (ley N° 19.537, art. 33); Protección de los Derechos de Propiedad Industrial (ley N°

insuficiente para considerar que las decisiones judiciales respondan correctamente al desarrollo cultural, científico y comercial que ha experimentado en Chile¹⁰⁷.

A manera ejemplar y para concluir este acápite, enumeraremos algunas normas del proyecto que contemplan potestades relativas a la rendición de las pruebas, como la contemplada en el Párrafo 9° del citado Título I del Libro II, denominado *Otros medios de prueba*, que mandata en su artículo 343, referido a *Medios de prueba no regulados expresamente*, que: “podrá admitirse toda prueba que fuere susceptible de ser incorporada al proceso por cualquier otro medio o sistema no regulado expresamente, siempre que fuere apto para producir fe.

El juez determinará la forma de su incorporación al procedimiento, adecuándola, en lo posible, al medio de prueba más análogo.

El tribunal podrá dar por acreditados los hechos que se pretendan probar con el aporte de otros medios de prueba que se encuentren en poder de la contraparte, si esta, injustificadamente, no cumpliere con ese deber en los términos y oportunidad señalados por el tribunal, habiéndosele apercibido en ese sentido en la resolución que hubiere ordenado la diligencia.

Si el tercero a quien incumba su cumplimiento desobedeciere, sin justa causa, el aporte de otros medios de prueba que se encuentren en su poder, conociendo la información que se le requiere o existiendo en su poder los documentos, el tribunal podrá apremiarlo con el pago de multas que no excedan de diez unidades tributarias mensuales.

Tratándose de otros medios de prueba en poder de la contraparte, incurrirá, además, en el apercibimiento establecido en el número 5 del artículo 162”.

El párrafo 10° del Título I del Libro II, regula, de los artículos 344 a 353, la *Rendición de Prueba en la Audiencia de Juicio*, estableciendo en el primero de ellos, acerca del *Desarrollo y propósito de la audiencia de juicio*, que: “la audiencia se desarrollará en forma ininterrumpida, pudiendo prolongarse en sesiones sucesivas hasta su conclusión, de conformidad a lo previsto en el artículo 68 y sin perjuicio de las restantes actividades que determine la ley, tendrá por objeto recibir la prueba”, disponiendo en sus últimos dos incisos -luego de señalar en sus cuatro numerales la

19.039, arts. 16 y 111, modificados e incorporados, respectivamente, por la ley N° 19.996); Defensa de la Libre Competencia (decreto ley N° 211, art. 22, inciso final); Recurso de Protección (auto acordado de la Corte Suprema sobre tramitación de dicho recurso, N° 5); procedimiento ante los juzgados de policía local (ley N° 18.287, art. 14); Juicios Laborales (*Código del Trabajo*, arts. 455 y 459 letra d); Regularización de la Pequeña Propiedad Raíz (DL N° 2.695, art. 22); Arrendamiento de Predios Urbanos (ley N° 18.101, art. 15, hoy art. 8 N° 7, con la reforma de la ley N° 19.866); Juicios de Alimentos (ley N° 14.908, art. 1° inc. 2°).

¹⁰⁷ PADILLA PAROT, RICARDO. (2016). ESE DOLOR DE CABEZA LLAMADO PRUEBA LEGAL TASADA: LA ANTICIPADA APLICACIÓN DEL PROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL CIVIL, QUE LOS TRIBUNALES ORDINARIOS DE JUSTICIA SE ENCUENTRAN LLEVANDO A CABO. *Revista chilena de derecho privado*, (26), 401-410. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722016000100016> (consulta 18 de marzo de 2018)

obligación del juez de verificar la presencia de las personas que hubieren sido citadas, señalar el objetivo de la audiencia e indicar las pruebas a rendir, de disponer que los testigos y perito comparecientes abandonen la sala de audiencias y de adoptar las medidas necesarias para garantizar su adecuado desarrollo- que la ausencia de testigos o peritos o la falta de acompañamiento de prueba no suspenderá la realización de la audiencia de juicio, pudiendo, sin perjuicio de lo anterior, en casos graves y calificados y siempre que la parte justificare no poder rendir un determinado medio probatorio ofrecido por razones que no le fueren imputables, disponer el juez se cite a una nueva y única audiencia con el propósito exclusivo de recibir dicha prueba, siempre que lo estimare estrictamente indispensable para la acertada resolución del asunto.

A su turno, el artículo 345, sobre *Producción de la prueba*, dispone que: “*la prueba se rendirá de acuerdo al orden que fijen las partes. En caso de no existir acuerdo, se rendirá primero la del demandante y luego la del demandado. Al final se rendirá la prueba que pudiera ordenar el juez conforme a lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 288*”. Luego el artículo 346, referido a la *Identificación e interrogatorio de los testigos, peritos y partes*, dispone la identificación de ellos por el juez, quien les tomará el juramento o promesa de decir verdad y les informará sobre las sanciones contempladas por el Código Penal para quienes faltaren a la verdad, procediendo a ser interrogados por cada uno de los litigantes. A continuación, el artículo 347, dispone acerca de la *Forma de las interrogaciones*, prescribe que ellas se formularán verbalmente y deberán ser pertinentes a los hechos sobre los que versa la prueba, expresadas en términos claros y precisos, no pudiendo formularseles preguntas capciosas o contradictorias, ni contener por parte de quien los presenta elementos de juicio que determinen la respuesta (inductivas) ni referirse a hechos o circunstancias ajenas al objeto de prueba, lo que calificará el tribunal sin más trámite ni ulterior recurso, pudiendo rechazar de oficio o a petición de parte las que no cumplan con dichas exigencias. Las respuestas se formularán asimismo en forma clara y categórica, sin perjuicio de las precisiones indispensables para su comprensión. Frente a la negativa a declarar o a respuestas evasivas se faculta al juez para requerir que el testigo, perito o parte cumpla con su deber, bajo apercibimiento de las sanciones contempladas en la ley, debiendo arbitrar el juez las medidas necesarias para la realización de repreguntas y conainterrogaciones, siempre que sean pertinentes a los hechos sobre los cuales versa la prueba.

En el artículo 348, sobre las *Facultades del tribunal en relación con el interrogatorio de testigos, peritos y partes*, se establece la facultad para que el juez, una vez interrogados por los litigantes, de efectuarles preguntas con la finalidad de pedir aclaraciones, precisiones o adiciones a

sus respuestas, pudiendo, también, reducir el número de testigos de cada parte, e incluso prescindir de la prueba testimonial cuando sus declaraciones pudieren constituir manifiesta reiteración sobre hechos suficientemente esclarecidos en la audiencia de juicio, por este u otros medios de prueba. Además, el juez, de oficio o a petición de parte, cuando los testigos, peritos o las partes incurran en graves contradicciones en sus declaraciones, podrá disponer que se sometan a un careo respecto del punto específico en que se hubiere suscitado la discrepancia, lo que debe ser solicitado y dispuesto antes de la conclusión de la audiencia, disponiendo la urgente citación de los respectivos deponentes si no se encontraren en el tribunal.

Luego el artículo 349, acerca de la *Lectura para apoyo de memoria en audiencia de juicio*, establece la posibilidad, sólo una vez que el testigo, el perito o la parte hubieren prestado declaración, de leer en el interrogatorio parte o partes de sus declaraciones anteriores prestadas ante el ministerio público, ante un tribunal o autoridad administrativa, cuando fuere necesario para ayudar a la memoria del deponente, para demostrar o superar contradicciones o para solicitar las aclaraciones pertinentes, pudiendo, con los mismos objetivos, leer durante la declaración de un perito partes del informe que él hubiere elaborado.

El artículo 350, sobre *Declaración a distancia*, establece la excepción a la regla de que los testigos y peritos sólo podrán comparecer y declarar ante el tribunal que conozca de la causa, cuando algún motivo grave y difícil de superar impidiere comparecer a éstos a declarar a la audiencia de juicio, la parte interesada podrá solicitar que lo hagan a distancia, ante el tribunal con competencia civil más cercano al lugar donde se encuentren, usando un medio tecnológico apto para su interrogatorio y conainterrogatorio en la audiencia de juicio.

Finalmente, el artículo 351, acerca de la *Rendición de los demás medios de prueba*, dispone que: *“los documentos acompañados en parte de prueba por las partes serán exhibidos y leídos, en su caso, en la audiencia de juicio, con indicación de su naturaleza, origen y de los antecedentes necesarios para su debida inteligencia. El tribunal de oficio o a petición de parte podrá autorizar, en su caso, la lectura resumida del documento, así como autorizar que se prescinda de dicha lectura.*

Las grabaciones, los elementos de prueba audiovisuales, computacionales o cualquier otro de carácter electrónico apto para producir fe, se reproducirán en la audiencia por cualquier medio idóneo para su percepción por los asistentes.

3.- Principio de aportación de parte, principio dispositivo y facultades probatorias oficiosas del juez en el Proyecto de Código Procesal Civil

Al referirnos previamente a las potestades materiales, definiéndolas como aquellas que determinan quién debe introducir al proceso los hechos y las pruebas, indicamos, en lo que toca a las últimas, que el PNCPC contempla la posibilidad de introducir pruebas principalmente a las partes, estableciendo en el inciso segundo de su artículo 288, la facultad supletoria y complementaria del juez para ordenar las diligencias probatorias que estime necesarias para el esclarecimiento de la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes, facultándolas para solicitar contraprueba a la solicitada por el tribunal de conformidad a lo dispuesto por el artículo 290, lo que define el modelo de proceso civil estructurado en el proyecto como uno de tipo adversarial atenuado o mixto, en que el principio de aportación de parte, asumido como una distinción de carácter técnico procesal, se ve atenuado.

Ahora bien, en lo que refiere a la introducción de los hechos al proceso, la cuestión es clara y representa una de las manifestaciones del principio dispositivo, que el legislador reconoce a sus ciudadanos. Revisaremos a continuación la forma en que diversas disposiciones del PNCPC recogen e incorporan las manifestaciones del principio dispositivo.

En lo referido al poder de disposición sobre el derecho material, que implica que la actividad jurisdiccional sólo puede iniciarse a petición de parte y, consecuentemente, la prohibición al tribunal de iniciar un proceso de oficio, las normas de los artículos 1° y 2°, mencionadas previamente, recogen expresamente este aspecto del principio dispositivo. El primero, referido a la *Tutela jurisdiccional*, establece que: *“toda persona tiene derecho a recabar de los tribunales la protección de sus derechos e intereses legítimos, con arreglo a un debido proceso el que se desarrollará en la forma y mediante los procedimientos reglamentados en este código, sin perjuicio de lo que se disponga en leyes especiales”*. Luego, el artículo 2°, sobre la *Iniciativa*, dispone que: *“la iniciación del proceso, así como la introducción de las pretensiones y excepciones incumben a las partes. El Tribunal sólo podrá actuar de oficio cuando la ley lo faculte expresamente”*.

Así también, el artículo 252, sobre *Inicio*, con el que se abre el Libro II, dispone que: *“el juicio ordinario comenzará por demanda del actor, sin perjuicio de las medidas prejudiciales que pudieren solicitarse en conformidad a lo dispuesto en el Capítulo 1°, del Título XII, del Libro Primero”*.

En lo referido al poder de determinación del objeto del proceso, esta faceta del principio dispositivo se encuentra consagrado en el artículo 253, sobre el *Contenido de la demanda*, que

establece como requisitos de la demanda en sus numerales 4 y 5: *“La exposición de cada uno de los hechos en que se funde el petitorio, la indicación de los medios de prueba con los cuales se acreditarán sus fundamentos y el derecho en que se apoya”* y *“El petitorio formulado con toda claridad y precisión”*. Esta situación se repite con la contestación de la demanda en el artículo 271, acerca del *Contenido de la contestación*, que al regular éste prescribe en sus numerales 3 y 4 que deberá consignar: *“la exposición clara y precisa de cada uno de los hechos que configuren las defensas y excepciones que se oponen a la demanda, señalando los medios de prueba pertinentes con los cuales se pretende acreditarlos y el derecho en que se fundan”* y *“el petitorio formulado con toda claridad y precisión”*.

En cuanto al poder de las partes para disponer de la pretensión, este aspecto del principio dispositivo se manifiesta en la posibilidad de desistirse de la demanda que regula el artículo 158, sobre el *Desistimiento de la demanda*, que dispone que: *“después de notificada la demanda, el actor podrá, en cualquier estado del juicio desistirse de ella ante el tribunal que conozca en primer o único grado jurisdiccional.*

Si el desistimiento de la demanda se presentare ante el tribunal que estuviere conociendo de algún recurso, este lo resolverá en único grado jurisdiccional.”

Finalmente, en lo referido a la vinculación del tribunal por las pretensiones de las partes, este aspecto del principio dispositivo es reconocido por el artículo 202, sobre *Congruencia*, que dispone que: *“las resoluciones judiciales 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”*. En el mismo sentido el artículo 207, acerca de los *Requisitos de la sentencia definitiva*, dispone que: *“las sentencias definitivas que ponen término al primer grado jurisdiccional se dictarán siempre por escrito y deberán contener: 3. La enunciación breve de las pretensiones, excepciones y defensas que hubieren hecho valer las partes y de sus fundamentos de hecho y de derecho, salvo la de aquellas que hubieren sido resueltas con anterioridad; 4. La exposición clara, lógica y suficiente de cada uno de los hechos y circunstancias que se estimen establecidos por haber sido admitidos por las partes, haber resultado probados, por ser el resultado de convenciones probatorias o bien por estimarse liberados de prueba; 5. El análisis y valoración individual y conjunta de toda la prueba rendida, incluso de aquella que fuere desestimada, con arreglo a lo previsto por el artículo 297 o en leyes especiales, indicando en tal caso las razones tenidas en cuenta para hacerlo, señalando con precisión los hechos y circunstancias establecidos y el razonamiento que conduce lógicamente a esa estimación; 6. Los preceptos*

constitucionales, legales y los contenidos en tratados internacionales vigentes, y, en su defecto, los principios generales del derecho y de equidad con arreglo a los cuales se pronuncia la sentencia, y el razonamiento jurídico que justifica su aplicación. 7. La decisión del asunto controvertido. Esta decisión deberá comprender todas las acciones y excepciones que se hayan hecho valer en el juicio, pero podrá omitirse la resolución de aquellas que sean incompatibles con las acogidas”.

La norma anterior debe necesariamente relacionarse con las disposiciones del Libro III sobre *Los Recursos Procesales*. En su título I sobre *Disposiciones Generales*, capítulo 1° acerca de *Disposiciones Comunes a todo Recurso*, reitera en su artículo 365, acerca de la *Congruencia*, que: “*el tribunal que conociere de un recurso sólo podrá pronunciarse sobre las peticiones concretas 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 que la ley le facultare para proceder de oficio*”. Luego, en su Título III se refiere al *Recurso de Apelación*, consigna en su artículo 384, referido a las *Causales específicas del Recurso*, que: “*cuando el recurso de apelación se fundamente en la infracción a las normas que consagren derechos o garantías procesales cometidas en el primer grado de jurisdicción, deberá alegarse y configurarse una o más de las siguientes causales: d) que la sentencia se hubiere dictado ultrapetita, esto es, otorgando más de lo pedido por las partes, o extrapetita, esto es, extendiéndola a puntos no sometidos a la decisión del tribunal, sin perjuicio de las facultades que este tenga para fallar de oficio en los casos determinados por la ley*”.

Del tenor de las disposiciones citadas se concluye que el PNCPC reconoce ampliamente y sin excepciones la plena vigencia del principio dispositivo, manifestado en el monopolio de las partes para la iniciación del proceso, la determinación de su objeto y la decisión disponer exclusivamente de sus derechos subjetivos, definiendo continuar con el mismo o ponerle término, vinculando directamente al tribunal en la dictación de sus resoluciones, en virtud de la exigencia de congruencia.

Las potestades materiales relativas a la aportación de los hechos atañen en forma exclusiva a las partes, correspondiéndole al juez sólo facultades de dirección formal, que como señalamos previamente, no apuntan a determinar el contenido de la sentencia, sino al control de los presupuestos para ejercer la acción y al manejo de los tiempos procesales.

4.- La imparcialidad y las facultades probatorias oficiosas del juez en el Proyecto de Código Procesal Civil

El PNCPC dispone en su Libro I, sobre *Disposiciones Generales*, Título I, los *Principios Generales* que rigen la aplicación de sus disposiciones, estableciendo en su artículo 1°, referido a la *Tutela jurisdiccional*, que: “*toda persona tiene derecho a recabar de los tribunales la protección de sus derechos e intereses legítimos, con arreglo a un debido proceso el que se desarrollará en la forma y mediante los procedimientos reglamentados en este código, sin perjuicio de lo que se disponga en leyes especiales*”, consagrando el derecho a la acción con arreglo al debido proceso. Luego, el artículo 2°, sobre la *Iniciativa*, dispone que: “*la iniciación del proceso, así como la introducción de las pretensiones y excepciones incumben a las partes. El Tribunal sólo podrá actuar de oficio cuando la ley lo faculte expresamente*”. A su turno el artículo 3° define la *Dirección e impulso procesal*, que como ya señaláramos es confiado al tribunal, disponiendo en el artículo 4°, referido a la *Igualdad de oportunidades*, que: “*el tribunal velará por la igualdad de oportunidades de las partes en el proceso*”, estableciendo la igualdad de armas y el contradictorio. A continuación en su artículo 5°, sobre la Buena fe procesal, prescribe que: “*las partes, sus apoderados y todos quienes intervengan en el proceso deberán actuar de buena fe*”, concluyendo el citado Título con la recepción en sus artículos 6°, 7°, 8° y 9° de los principios de *Oralidad, Inmediación, Continuidad y concentración y Publicidad*, que constituyen conjuntamente los elementos que componen el sistema de proceso adversarial mixto consagrado por PNCPC, que garantiza el derecho de los justiciables a la imparcialidad del juzgador y el ejercicio de su legítimo derecho a defensa.

Asimismo estos derechos son reconocidos en el Título IX, acerca de las *Disposiciones Generales de los Actos Procesales*, en su Capítulo 7° sobre la *Ineficacia de los Actos Procesales*, en el artículo 120, denominado *Trascendencia*, que dispone que: “*se entenderá existir perjuicio cuando la inobservancia de las formas o exigencias legales haya impedido a alguna de las partes ejercer sus derechos en el procedimiento, afectando su garantía a un debido proceso u ocasionando indefensión*.”

En la solicitud correspondiente, el interesado deberá señalar con precisión el perjuicio sufrido y la forma en que debe ser reparado”.

En el Título XI del Libro I, sobre *Incidentes Especiales*, el PNCPC, en su Capítulo 2° *De Las Inhabilidades*, de los artículos 138 a 150, regula las *Causales*, la *Oportunidad para declarar de oficio la inhabilidad*, la *Oportunidad de las partes para hacer valer la inhabilidad*, la *Competencia para conocer la inhabilidad de un tribunal unipersonal*, la *Competencia para conocer la inhabilidad de uno o más*

jueces de tribunales colegiados, el Tribunal competente para conocer las inhabilidades de auxiliares de la administración de justicia y funcionarios, la inadmisibilidad de la reclamación de inhabilidad, su Resolución de plano, la Tramitación incidental, el Rechazo de la solicitud, la Inhabilidad amistosa, la Impugnación de resoluciones que se pronuncian sobre la inhabilidad y al Efecto extensivo de la inhabilidad, disponiendo el primero de los artículos citados que: “sólo podrá inhabilitarse a los jueces, auxiliares de la administración de justicia y a los funcionarios para que intervengan en un negocio determinado, en los casos y por las causas que señalan la Constitución y las leyes”, señalándose en el resto de sus disposiciones cuando el juez, auxiliar y funcionario deben inexcusablemente declarar la inhabilidad de oficio, la oportunidad en que las partes pueden hacerlas valer, el tribunal competente para resolverlas en caso de ser unipersonal o colegiado o tratarse de una formulada en contra de auxiliar, su rechazo, declaración de oficio o tramitación incidental, la condena en costas de la rechazada, la inhabilidad amistosa, la naturaleza de la resolución que se pronuncia a su respecto y el efecto extensivo de las inhabilidades que deban surtir efecto en diversos juicios seguidos entre las mismas partes.

De esta forma el PNCPC garantiza la imparcialidad del juez, sobre la base de las normas de los artículos 196 y 197 del COT que regulan las inhabilidades, catálogo suficiente para algunos e incompleto y desactualizado para otros, conforme revisáramos en el último apartado del capítulo I de este trabajo.

Del mismo modo, el derecho de los justiciables a un tribunal imparcial, su derecho a un debido proceso y la garantía del ejercicio oportuno de su legítimo derecho a defensa, es recogido, como ya se indicara, en Título III se refiere al *Recurso de Apelación*, cuando el PNCPC consigna en su artículo 384, referido a las *Causales específicas del Recurso*, que: “cuando el recurso de apelación se fundamente en la infracción a las normas que consagren derechos o garantías procesales cometidas en el primer grado de jurisdicción, deberá alegarse y configurarse una o más de las siguientes causales:...”

En lo que refiere al derecho a un tribunal imparcial, las buenas razones y fundamentos de la doctrina mayoritaria citada en el primer capítulo, que postula que la iniciativa probatoria del juez no resulta necesariamente en una vulneración a este derecho fundamental de los justiciables, funda suficientemente la consignación de atribuciones *ex officio* al juez en el inciso segundo del artículo 288, cuando dispone que: “Hasta antes del término de la audiencia preliminar, el tribunal, de oficio, podrá ordenar las diligencias probatorias que estime necesarias para el esclarecimiento de la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho a defensa de las partes. En ejercicio de este

derecho, las partes podrán solicitar, en el mismo acto, una contraprueba a la solicitada por el tribunal, conforme a lo previsto por el artículo 290”, autorizando al juez para que, actuando subsidiaria y complementariamente a la actividad probatoria realizada por las partes, pueda incorporar elementos de prueba al proceso para esclarecer la verdad respecto de los hechos controvertidos, no perdiendo por su ejercicio su posición de tercero ajeno y equidistante de las partes, debiendo tenerse presente sobre este punto que una verdadera garantía de su imparcialidad debe necesariamente emanar de la motivación de la sentencia, obligación de fundamentación establecida y regulada detalladamente por los artículos 202 y 365 (que consagran la obligación de congruencia) y especialmente por los artículos 206 y 207, todas normas ya referidas y citadas en lo pertinente previamente.

Finalmente, en lo que refiere al legítimo derecho a defensa de las partes, en el punto anterior de este capítulo revisamos 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, para que ellas sean debidamente consideradas por el tribunal, pudiendo advertirse del análisis de las normas del PNCPC que la atribución de facultades materiales al juez en cuanto a la introducción de pruebas al proceso en nada impide o dificultan la aportación de prueba de las partes, concibiéndosela con carácter subsidiario o supletorio de esa actividad principal de los justiciables y que tendrá lugar sólo cuando la prueba aportada por las partes resulte insuficiente, encontrándose garantizado su derecho para producir contraprueba, resultando de suma relevancia evaluar en esta parte lo expuesto por la doctrina mayoritaria, en lo que dice relación con los necesarios límites a esta actividad del tribunal y a su ejercicio dentro de un contradictorio que garantice adecuadamente los derechos fundamentales de los justiciables.

Conclusiones

Frente al problema que presenta la atribución de iniciativa y facultades probatorias oficiosas al juez y la forma en que éstas son concebidas y consagradas en el PNCP, estimamos, en primer término, que conforme al mérito de la doctrina mayoritaria nacional y extranjera expuesta en el primer capítulo, las críticas de los autores “garantistas” españoles, italianos, sudamericanos y nacionales deben necesariamente ser desestimadas, atendiendo a la falta de plausibilidad de la hipótesis que asocia la consagración de dichas potestades con una génesis vinculada a una base ideológica antiliberal y autoritaria, resultando legítimo conferir poderes activos en materia probatoria al juez civil, en el marco de un Estado Democrático Constitucional que apunta a legitimar el ejercicio de la jurisdicción civil como función pública.

En segundo lugar, de un acertado análisis de los artículos atinentes del PNCP, es posible concluir razonablemente que dicha atribución no vulnera de ningún modo el principio dispositivo y el principio de aportación de parte, atendiendo al reconocimiento expreso del primero en las normas citadas, que entregan exclusivamente a las partes la facultad de reclamar la tutela jurisdiccional y de determinar el objeto litigioso configurándolo en la pretensión y en la resistencia, incorporando al proceso los hechos que lo constituyen así como todos los medios necesarios de que dispongan para acreditarlos, vinculando expresamente al tribunal a dicho objeto y obligándolo a conservar durante su desarrollo y resolución la debida congruencia.

En lo que refiere al principio de aportación de parte, aceptando y compartiendo en este punto su definición por la doctrina mayoritaria como un elemento de carácter técnico al interior del proceso, admitimos la posibilidad de que, luego de fijado el objeto del litigio por las partes y ofrecida por ellas toda la prueba de que dispongan, dicha actividad pueda ser complementada supletoriamente por el tribunal, de estimarlo necesario el juez para el esclarecimiento de la verdad de los hechos controvertidos, respetando siempre el derecho a defensa de las partes, justificada dicha potestad en el reconocimiento de que en todo proceso civil hay un interés público comprometido en obtener una resolución rápida, eficaz y justa del conflicto.

En el mismo sentido, concluimos que las potestades probatorias oficiosas del juez no vulneran la imparcialidad del juzgador, el debido proceso o el derecho de defensa de los justiciables, atribución que resulta legítima y ajustada a nuestro marco constitucional, atendiendo al hecho que la prueba aportada por el tribunal no busca el beneficio de parte alguna, no pudiendo prever racional y anticipadamente el resultado de la diligencia dispuesta en ejercicio de estas facultades, sino que

apunta, dentro del marco del objeto del litigio fijado por las partes, a desentrañar la verdad acerca de lo que ocurrió entre ellas, para solucionar el conflicto aplicando el derecho correspondiente a esa realidad fáctica. Para que ello ocurra, no obstante, dichas facultades deben circunscribirse necesariamente a los hechos discutidos en el proceso y a las fuentes probatorias que consten en la causa, permitiendo en el marco del contradictorio que las partes ejerzan su legítimo derecho a defensa.

En la medida que las partes se encuentran expresamente facultadas para controvertir la pertinencia o relevancia de la prueba propuesta por el tribunal que se intenta introducir, participar en su realización, producir contraprueba y discutir acerca de la eficacia de la prueba de oficio dispuesta e incorporada al proceso, antes de la decisión, su derecho a defensa está suficientemente resguardado, debiendo observarse, para finalizar, que la debida imparcialidad del juez se encuentra adecuadamente cautelada, además, en la obligación que el PNCPC le impone a éste respecto de la motivación racional de las sentencias.

Bibliografía

- 1) ALVARADO VELLOSO, ADOLFO: *Garantismo procesal contra actuación judicial de oficio*, Valencia, España, Tirant lo Blanch, 2005.
 - “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.
- 2) 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.
- 3) BASTÍAS SAAVEDRA, MANUEL. (2015). INTERVENCIÓN DEL ESTADO Y DERECHOS SOCIALES: TRANSFORMACIONES EN EL PENSAMIENTO JURÍDICO CHILENO EN LA ERA DE LA CUESTIÓN SOCIAL, 1880-1925. *Historia (Santiago)*, 48(1), 11-42. <https://dx.doi.org/10.4067/S0717-71942015000100001> (consulta 27 de febrero de 2018).
- 4) BENTHAM, JEREMÍAS, *Tratado de las Pruebas Judiciales*, Editorial Comares, Granada, 2001.
- 5) BORDALÍ, ANDRÉS, “Los poderes del Juez Civil”, en *Pensando en una nueva Justicia Civil*, Editorial Jurídica de Chile, 1ª Edición, 2007.
 - *Los poderes del Juez Civil*, en DE LA OLIVA SANTOS-PALOMO VELEZ (coordinadores), *Proceso Civil. Hacia una nueva Justicia Civil*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 190.
 - El derecho fundamental a un tribunal independiente e imparcial en el ordenamiento jurídico chileno. *Revista de derecho (Valparaíso)*, 2009 (33), 263-302. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512009000200007> (consulta 17 de marzo 2018).
 - “El debido proceso civil”, en Ferrada Bórquez, Juan Carlos, (coordinador), *La Constitucionalización del Derecho Chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, pp. 251 – 295.
- 6) BOTTO OAKLEY, HUGO, *Inconstitucionalidad de las medidas para mejor resolver*, Santiago de Chile. Edit. Fallos del Mes, 2001.
- 7) CALAMANDREI, PIERO, *Proceso y Democracia*, Ara Editores, Perú, 2006.
 - “*Justicia y Política: Sentencia y Sentimiento*” en *Proceso y Democracia*, Edit. Ara, Lima, Perú, 2006. pp. 52-53.
- 8) CAPPELLETTI, MAURO: *El Proceso Civil en el Derecho Comparado, Las grandes tendencias evolutivas*, trad. de Sentís Melendo, Ara Editores, Perú, 2006.

- 9) CARNELUTTI, FRANCESCO: *Derecho Procesal Civil y Penal*, Vol. I. Colección Clásicos del Derecho. Traducción y compilación Enrique Figueroa Alfonzo. México, Edit. Colección Clásicos del Derecho. 1994.
- *Cómo se hace un Proceso*, México, Editorial Colofón, 1996 4ª Edición.
- 10) CAROCCA PÉREZ, ALEX, *Manual de Derecho Procesal*, Editorial LexisNexis, Santiago, Chile, 2003.
- 11) CHIOVENDA, JOSÉ, *Principios de Derecho Procesal Civil*, Editorial Reus, Madrid, 1977.
- 12) 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.
- 13) COUTURE, EDUARDO: *Introducción al estudio del derecho procesal*, Buenos Aires, Argentina, Ediciones Depalma, 1988.
- *Fundamentos del Derecho Procesal*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1990.
- 14) DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO, *Teoría General de la Prueba Judicial*. Tomo I, Buenos Aires, Argentina, Editorial Zavalia, 1988.
- *Compendio General de Derecho Procesal, Tomo I*, décima edición, Ed. ABC, Bogotá, Colombia, 1985.
- 15) HUNTER AMPUERO, IVÁN A.: *Las Facultades Probatorias del Juez de Familia*, Santiago, Chile, Legal Publishing Chile, 2ª Edición, enero de 2012, p. 29.
- El principio dispositivo y los poderes del juez. *Revista de derecho (Valparaíso)*, 2010 (35), 149-188. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512010000200005> (consultas 28 de febrero y 10 de marzo de 2018).
- 16) 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, año 4, 2005.
- 17) MENESES PACHECO, CLAUDIO, *Iniciativa probatoria del juez en el Proceso Civil*, Edit. Jurídica Conosur, Santiago, Chile, 2002.
- "consideraciones entorno a la idea del estándar de convicción en el proceso civil / some thoughts about the standard of proof in civil proceedings" Santiago *Justicia Civil y Comercial: Una Reforma ¿Cercana?* (2011) https://works.bepress.com/claudio_fuentes_maureira/8/ (consulta 5 de marzo de 2018)
- SOURCES OF EVIDENCE AND EVIDENCE IN CIVIL PROCEDURE. *Ius et Praxis*, 14(2), 2008, 43-86. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122008000200003> (consulta 5 de marzo de 2018).
- 18) 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.

19) MONTERO AROCA, JUAN, *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los poderes del juez y la oralidad*, Valencia, España, Tirant lo Blanche, 2001.

- “El proceso civil llamado ‘social’ como instrumento de ‘justicia’ autoritaria” y “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*, Valencia, España, Editorial Tirant lo Blanch, 2006.

20) 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*, Nº 7, año 4, 2005, pp.40-51.

21) PADILLA PAROT, RICARDO. (2016). ESE DOLOR DE CABEZA LLAMADO PRUEBA LEGAL TASADA: LA ANTICIPADA APLICACIÓN DEL PROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL CIVIL, QUE LOS TRIBUNALES ORDINARIOS DE JUSTICIA SE ENCUENTRAN LLEVANDO A CABO. *Revista chilena de derecho privado*, (26), 401-410. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722016000100016> (consulta 18 de marzo de 2018).

21) PALAVECINO CÁCERES, CLAUDIO (2011). Sistemas procesales e ideologías. *Derecho y Humanidades*, (17). doi:10.5354/0719-2517.2011.16973 (consulta 28 de febrero de 2018).

- EL RETORNO DEL INQUISIDOR. LAS POTESTADES JUDICIALES EN MATERIA PROBATORIA EN EL PROCEDIMIENTO LABORAL CHILENO *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 13, julio-diciembre, 2011, pp. 117-140 Universidad Nacional Autónoma de México Distrito Federal, México.

22) PALOMO VÉLEZ, DIEGO, “Proceso Civil oral: ¿Qué modelo de juez requiere?”, en *Revista de derecho Universidad Austral de Chile (Valdivia)*, Vol.18, Nº 1, p.183; <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502005000100007> (consulta 20 de febrero de 2018).

- LAS CARGAS PROBATORIAS DINÁMICAS: ¿ES INDISPENSABLE DARSE TODA ESTA VUELTA? *Ius et Praxis*, 19(2), 2013, p. 448. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122013000200015> ; (consulta 1° de marzo de 2018).

23) PÉREZ RAGONE, ÁLVARO. (2014). El revisionismo garantista en el proceso civil a través de las ideas de Franz Klein y Adolf Wach: Precisiones sobre eficiencia y derechos procesales. *Revista de derecho (Valparaíso)*, (42), 523-551. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512014000100016>; p.530 (consulta 2 de marzo de 2018).

- 24) 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*, Valencia, España, Editorial Tirant lo Blanch, 2006.
- 25) PIZARRO WILSON, CARLOS. (2004). La eficacia del control de las cláusulas abusivas en el derecho chileno. *Estudios Socio-Jurídicos*, 6(2), 117-141. Retrieved February 27, 2018, from http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S012405792004000200004&lng=en&tlng=es. (consulta 27 de febrero 2018).
- 26) PRÜTTING, HANNS. (2010): CARGA DE LA PRUEBA Y ESTÁNDAR PROBATORIO: LA INFLUENCIA DE LEO ROSENBERG Y KARL HAINZ SCHWAB PARA EL DESARROLLO DEL MODERNO DERECHO PROBATORIO. *Ius et Praxis*, 16 (1), 453-464. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122010000100015> (consulta 5 de marzo de 2018).
- 27) SALAS VIVALDI, JULIO, *Estudios de Derecho Procesal*, editorial Lexis Nexis, Santiago, 2006.
- 28) 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*, Nº 7, año 4, 2005, pp. 21 – 28.
- 29) TARUFFO, MICHELLE, “Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa”, en “La prueba. Artículos y Conferencias”, Santiago, Chile, Editorial Metropolitana, 2009.
- 30) TAVOLARI OLIVEROS, RAÚL. (1994) *Tribunales Jurisdicción y Proceso*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1ª Edición.
- “¿Confianza o desconfianza en los jueces?: un alegato a favor de conferir mayores oportunidades a la justicia, a propósito de la polémica por las cargas probatorias dinámicas o principio de facilidad de la prueba”, *Revista de Derecho Procesal: Proyecto de Código procesal civil*, Universidad de Chile, Núm. 22, 2012, pp. 355 y ss.
- 31) 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.
- 32) WACH, ADOLF, *Conferencia sobre la Ordenanza Procesal Civil Alemana*, AraEditores, Perú, 2006.