



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Procesal

Fundamento y estudio comparado de las facultades officiosas del juez en el proceso civil

Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

DIEGO GAETE OSORIO

Profesor Guía:

Jesús Ezurmendia Álvarez

Santiago, Chile

2021

A mis padres y mi hermana

A Francisca

RESUMEN

Esta memoria tiene como objeto efectuar una revisión a los procesos de reforma procesal en España e Inglaterra y Gales, las que han introducido en mayor o menor medida algún tipo de intervención de oficio del tribunal, en los últimos veinte años. Consideramos que las instituciones introducidas por estos sistemas son merecedoras de atención de parte de ordenamientos como el chileno, el que se encuentra desde hace un tiempo en un estado de crisis, lo que justifica la revisión de otras experiencias reformadoras, a fin de tener presente el abanico de alternativas para innovar en materia de justicia civil. Plantearemos desde el inicio que una de ellas es la atribución de facultades de oficio al juez, lo que es plenamente compatible con el Estado de Derecho y propiciará formas modernas de comprender la función de la justicia.

Sin perjuicio de ello, esta memoria considera que el estudio comparado en sí mismo es insuficiente para comprender a cabalidad el proceso reformador de ambos países, se requiere efectuar dos análisis previos antes de abordar propiamente tal las instituciones comparadas.

El primero de ellos es identificar aspectos comunes del fundamento de las crisis en la justicia y, en este contexto, afirmamos que son las consecuencias de la conjugación entre el fundamento político del proceso civil tradicional, el liberalismo clásico, junto a las particularidades propias de nuestra época, como la expansión vertiginosa de la litigación, la que ha causado el estado de la justicia que estos ordenamientos han vivenciado, incluido el chileno. La importancia de esta afirmación es que la actualidad de la justicia no es una casualidad, sino consecuencia de una determinada forma de comprender la función del proceso, por lo que cualquier intento genuino de superación, requerirá de un cambio de paradigma, debiendo apostar a un cambio en la cultura jurídica. El segundo de estos análisis es la conceptualización de dos conceptos que trascenderán a lo largo de la memoria, que son el principio dispositivo y de oficialidad, a fin de hacernos cargo de las críticas doctrinales que han surgido en contra de las pretensiones de incorporar facultades del juez.

Habiendo efectuado ambos análisis previos consideramos que estamos en condiciones de abordar los procesos español e inglés. Revisaremos tanto la justificación particular del proceso reformista, como instituciones que se refieran a la intervención de oficio del juez, a fin de adquirir una perspectiva general de este tópico. Igualmente, al final de cada revisión haremos una somera crítica de ambos procesos.

Al final de esta memoria plantearemos que la introducción de las *Civil Procedure Rules* en Inglaterra, a diferencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil en España, significó un cambio genuinamente ambicioso y decidido en esta materia, apostando por la intervención de oficio del juez a través de nuevas instituciones procesales, pero aún más importante, mediante un cambio cultural que, aun resistido, da señales de abarcar más objetivos que la mera resolución de conflictos, legitimando la función pública de la justicia civil.

Índice

INTRODUCCIÓN	1
1. CAPITULO I: Análisis crítico del modelo procesal civil clásico. Cambio de paradigmas	7
1.1. Liberalismo y proceso civil	7
1.1.1. Liberalismo político y económico como ideal rector del Derecho y del proceso civil clásico	9
1.1.2. Proceso como resolución de controversias	14
1.1.3. Expresión y expansión del proceso civil liberal	16
1.2. El modelo procesal civil en una encrucijada	25
1.2.1. Desafíos contemporáneos de la litigación civil	25
1.2.2. Una alternativa para la justicia civil	39
2. CAPITULO II: Definiendo las facultades del juez en el proceso civil. Hasta dónde llegan los jueces	44
2.1. Principios rectores del proceso civil: Dispositivo y de oficialidad. Alcance e interpretaciones	44
2.1.1. Principio dispositivo	45
2.1.2. Principio de oficialidad	48
2.1.3. Principio dispositivo como predominante en el proceso civil chileno	52
2.2. Facultades oficiosas del juez: Tipos de clasificación de las facultades del juez en lo civil	53
2.2.1. Facultades procesales de dirección formal	54
2.2.2. Facultades procesales materiales	59
2.3. Voces críticas de las facultades oficiosas	63
2.3.1. Planteamiento de la corriente “garantista”	63
2.3.2. Respuestas a las críticas de la corriente garantista	70
2.3.3. Facultades oficiosas del juez como herramientas compatibles con el principio dispositivo y el proceso civil democrático	79
3. CAPITULO III: Facultades oficiosas del juez en España e Inglaterra	83
3.1. España: Ley de Enjuiciamiento Civil	83
3.1.1. Necesidad y antecedentes de la reforma del procedimiento civil español	83

3.1.2. Facultades del juez en el procedimiento español	84
3.2. Inglaterra y Gales: <i>Civil Procedure Rules</i>	100
3.2.1. Reforma del procedimiento civil inglés	100
3.2.2. Facultades del juez en el procedimiento inglés	106
CONCLUSIONES	120
BIBLIOGRAFÍA	128

INTRODUCCIÓN

Nuestros tiempos y la complejidad que ha significado nuestra época contemporánea respecto a los conflictos jurídicamente relevantes exigen la crítica y continuo replanteamiento de las instituciones a las que estamos acostumbrados, con el propósito de adecuarlas a las nuevas necesidades que nacen progresivamente al ritmo de los cambios inherentes al desarrollo social y económico, y que son, generalmente, olvidadas por las miradas tradicionales y conservadoras que estudian los fenómenos sociales y jurídicos.

En este sentido, el Derecho y, particularmente el derecho procesal no están exentos de la necesidad de estar a la altura de los desafíos que proponen los cambios sociales, políticos, económicos y culturales de la sociedad que pretenden regular. Partimos de la premisa anterior, pues constatamos que “algo nos está pasando” con la justicia civil, dado que somos conscientes de su desajuste con las necesidades actuales de sus usuarios efectivos y en potencia, pues desde hace un tiempo, tanto en el escenario nacional, como en el comparado, ésta ha sido caracterizada como un tipo de litigio demoroso y poco accesible. Frente a esta constatación, en más de alguna ocasión, ha sido sujeto de intentos reiterados de cercar su relevancia a solo quienes se sumergen en él, como si la justicia civil careciera de relevancia pública, justificando incluso su sustracción paulatina hacia la justicia totalmente particular y privatizada. Nosotros nos oponemos a esta alternativa, y a lo largo de este trabajo plantaremos que, por el contrario, la justicia civil es un servicio público relevante y que, dada esta característica, debe estar en continua revisión de sus objetivos e instituciones centrales. El tópico que proponemos en el presente trabajo es replantearse el rol que le compete al juez civil en el transcurso del juicio, el cual a propósito de este momento de crisis sí es una alternativa apropiada y a considerar pues no solo respetará su calidad de servicio público, sino que lo propiciará.

Si bien, las circunstancias y diferentes justificaciones que hacen posible el estado de crisis de la justicia civil son variados y, a veces, contradictorios entre los distintos ordenamientos jurídicos, en lo extenso de este trabajo plantaremos que, para hacer frente a este escenario, resulta conveniente, entre otras medidas, considerar otorgarle al juez civil una

actuación activa en el ejercicio de su función, dado que resulta apropiado y consistente con los objetivos modernos del proceso, que se han planteado en la doctrina procesal, excediendo la mera resolución de los conflictos particulares. Sin embargo, hacemos presente desde ya que este trabajo no es un análisis particular y extenso sobre las condiciones de la crisis en la justicia civil que responda a todos los ordenamientos jurídicos ni plantear una solución que haga posible su superación a un nivel universal.

La conclusión que arribaremos al final de este trabajo se justificará desde una mirada del escenario comparado, particularmente las reformas procesales en España e Inglaterra y Gales, no solo porque son dos ejemplos de las tradiciones jurídicas más relevantes a nivel occidental, como lo son el derecho continental o *civil law*, por un lado y el *common law*, por otro, sino también porque son dos ordenamientos procesales que en momentos similares se replantearon sus respectivos sistemas a propósito de graves crisis de la justicia civil que vivenciaron, lo que justificó la implementación de dos reformas procesales que incorporaron, en diferentes medidas, alguna intervención de oficio del tribunal. Es decir, son dos países que, hace alrededor de veinte años, vivieron reformas procesales que replantearon sus respectivos sistemas procesales tradicionales. El estudio de ambos ordenamientos resulta además interesante, dado que, por un lado, en lo que respecta a España, la influencia que ha ejercido esta cultura jurídica en nuestro país es considerable, coincidiendo algunas instituciones jurídicas y, en lo que respecta a Inglaterra y Gales, dado que su proceso de reforma, como veremos más adelante, alteró la tradición adversarial centenaria.

Pero, un estudio de este tipo que pretende revisar adecuadamente los procesos de reforma y las nuevas instituciones que en ella se introducen en estos ordenamientos, se requiere previamente examinar los conceptos más importantes que subyacen dentro de estas instituciones y las discusiones que a partir de ellas surgen, requiriendo efectuar un ejercicio conceptual previo, cuestión que justifica que en los dos primeros capítulos de este trabajo revisemos conceptos y discusiones doctrinales, antes de abordar propiamente tal el estudio comparado.

A modo general, la estructura de nuestro estudio partirá desde un análisis teórico del fundamento político mismo del proceso civil desde una perspectiva tradicional, para posteriormente referirnos a su estado de crisis, lo que justifica a nuestro entender la necesidad de erigir nuevas alternativas para el devenir de la justicia civil. La importancia de esta primera parte es que, a nuestro entender, las consecuencias negativas que derivaron en la crisis de la justicia civil no son casualidad, mala suerte o mala gestión, las que justificarían meros retoques para mejorar su funcionamiento, sino que es resultado de una forma concreta de comprender el papel que le competía a la justicia civil bajo una sociedad liberal, la que se ha traducido en el estado actual del sistema. Concluir lo anterior justificará, entonces, buscar alternativas que sean sistemáticamente diferentes y que permitan replantear los objetivos del proceso civil ya no solo desde una perspectiva del litigante individualmente considerado, sino desde una mirada que considere el interés de la sociedad en su conjunto, en armonía con el interés particular del justiciable.

Sin embargo, lo anterior no resulta suficiente para abordar el estudio comparado, requiriendo resolver dos interrogantes: en primer lugar, cuáles son los principios que resultan fundantes en el proceso civil tradicional y, en segundo lugar, si la incorporación de un juez activo es compatible con la idea de proceso civil de un Estado de Derecho. Ambas preguntas resultan fundamentales, pues concluir que la actuación de oficio del juez civil es contraria a la idea de un proceso en un Estado de Derecho truncará cualquier discusión al respecto.

Entonces, para evitar una conclusión precipitada de nuestro análisis este segundo momento es de igual importancia, requiriendo caracterizar los dos principios fundamentales que estructuran mayoritariamente los sistemas de litigación civil y a los que volveremos constantemente a lo largo del trabajo, como lo son los principios dispositivo y de oficialidad. Una adecuada conceptualización y fundamentación de ambos nos permitirá, posteriormente, responder afirmativamente la segunda pregunta, que las facultades de oficio del juez civil es totalmente compatible con un proceso civil propio de un Estado de Derecho democrático, pues una comprensión cabal nos resultará de utilidad para responder las críticas doctrinales que la actividad de oficio del juez genera.

Resuelto entonces estas cuestiones teóricas, estaremos en condiciones óptimas para, finalmente, centraremos en estos dos ordenamientos jurídicos, el español y el inglés, quienes se cuestionaron precisamente sobre el papel del juez civil y optaron por reformas estructurales. En este estudio comparado, revisaremos los antecedentes que justificaron la reforma en los respectivos ordenamientos jurídicos, algunas instituciones procesales que reflejan esta discusión y podremos señalar, al final de este trabajo, que dotar de facultades de oficio al juez es una alternativa real y consistente con una mirada moderno del proceso civil.

Estos tres grandes temas configuran cada uno de los Capítulos que estructuran este trabajo. Nuestro Primer Capítulo, “Análisis crítico del modelo procesal civil clásico. Cambio de paradigmas” se refiere, primeramente, a la identificación del liberalismo como principio rector del proceso civil tanto de los ordenamientos continentales como del *common law*. Alcanzar esta conclusión, como veremos, conllevará a su vez a identificar una determinada forma de comprender la función del proceso civil en la sociedad, la que justificará el rol pasivo que le compete al juez en el devenir del conflicto de las partes, estructurando una comprensión unidimensional del mismo¹. Sucesivamente, revisaremos que esta forma de comprender el proceso no ha estado exento de resultados o consecuencias, a nuestro parecer adversos, pues ha significado alcanzar un estado de crisis a nivel comparado y nacional, en tópicos relevantes como el costo y la oportunidad de la resolución de las controversias, dado que actualmente los conflictos judiciales ya no son exclusivos de partes sofisticadas o meras personas jurídicas, sino también se inician conflictos de partes ordinarias que exigen una solución rápida y económica de sus controversias, lo que nos exige erigir alternativas para que la justicia civil esté al alcance de todos. Frente a esto, sin pretender arroparnos con ninguna solución mesiánica que solucionará todos los males de la litigación civil, planteamos, como enunciamos precedentemente, que una opción a considerar es replantearse la posición del juez respecto del conflicto y de las partes, admitiendo incorporar nuevas facultades de oficio.

Dicho esto, generalmente, se afirma que el proceso civil es un conflicto entre particulares y se encuentra regido por el principio dispositivo, que emana a su vez de la

¹ GARCÍA, Ramón. 2020. *El Case Managment* en perspectiva comparada. Valencia, Tirant lo Blanch. p. 187

naturaleza privada de los derechos controvertidos y supone la pasividad del tribunal, a diferencia de otros tipos de procedimientos, por lo que, según alguna posición doctrinaria, el fundamento mismo del proceso civil sería incompatible con esta intromisión estatal², desechando de plano cualquier innovación en esta dirección. Pero esta es una visión, como veremos en el Segundo Capítulo: “Definiendo las facultades del juez en el proceso civil. Hasta dónde llegan los jueces”, que paulatinamente se ha ido superando para parte de la doctrina procesal. Pero, de todas formas, antes de abordar esta discusión, parece necesario acercarnos conceptualmente al principio dispositivo, sus manifestaciones y vigencia en Chile, como del principio de oficialidad y, recién vistos estos conceptos, estaremos en condiciones adecuadas para poder analizar los tipos de facultades de oficio que existen desde una mirada abstracta. Lo anterior resulta necesario pues es un tipo de facultad de oficio la que genera, en su mayoría las críticas doctrinales, pues desde esta perspectiva aparentemente vulneraría principios formativos del proceso como la disponibilidad de los derechos discutidos en juicio y la imparcialidad del juzgador. Frente a esta posición hay quienes señalar que una comprensión moderna de los principios antes enunciados sí son compatibles con la actividad de oficio, posición que desde ya adscribimos, resultando imprescindible, conceptualizar los conceptos antes dichos.

Por último, para efectos de dar tintes de realidad a las discusiones precedentemente planteadas y desarrolladas a lo largo de los primeros dos capítulos, analizaremos en el Tercer Capítulo: “Facultades oficiosas del juez en España e Inglaterra”, los procesos de reforma que ambos ordenamientos protagonizaron entre 1998 y el año 2000, que precisamente contienen variaciones importantes en la forma de comprender el proceso civil. Analizaremos qué facultades contienen sus respectivos ordenamientos, una explicación y evaluación de su funcionamiento. Nuestra idea en este trabajo es plantear que otorgarle facultades de oficio al juez es una alternativa que permitiría hacer frente a las deficiencias en la justicia civil, como la chilena, resultando fundamental estudiar el contexto y resultado de otras experiencias comparadas.

² Véase en: “2.3.1. Planteamiento de la corriente “garantista”

Finalmente, habiendo analizado desde un punto de vista teórico el fundamento de las facultades oficiosas del juez, como habiendo efectuado un análisis comparado en España e Inglaterra de las mismas, podremos concluir que, sin perjuicio de los inconvenientes prácticos en su aplicabilidad y los desafíos que involucró su implementación, representan una alternativa no solo consistente con las nuevas comprensiones modernas del proceso civil, atendiendo su tridimensionalidad, sino también que resultan plenamente coherentes con un sistema judicial de una democracia, irguiéndose como una herramienta más para propiciar que la adjudicación civil cumpla con su función pública, resolviendo las controversias de los particulares, bajo un costo y un tiempo razonables.

1. CAPITULO I: Análisis crítico del modelo procesal civil clásico.

Cambio de paradigmas

1.1. Liberalismo y proceso civil

Antes de una descripción y posterior crítica al Derecho y, en particular, al modelo procesal civil vigente, se requiere de una adecuada contextualización respecto de los ideales políticos y económicos que subyacen en él, que lo definen y estructuran en función de los principios imperantes de una sociedad determinada. De lo contrario, de acuerdo a NOVOA, el análisis intentado será incompleto, dado que las doctrinas, tanto políticas como económicas, dominantes en los momentos históricos y lugares concretos inspirarán el contenido mismo del Derecho³. El fenómeno jurídico como manifestación cultural no es un sistema que se construye en abstracto, exento de la ideología o de los influjos del poder de la historia o tradiciones, dado que incluso, aquellas teorías que pretenden ser puras, en el apogeo de formalismos, son reflejo de cierto pensamiento político⁴.

Basta recordar lo afirmado por TARUFFO, sobre este punto, sobre quienes pretenden negar el carácter social y cultural del proceso, ya que lo erigen sin una dimensión ideológica, pues lo hacen con el objetivo de demostrar que su posición no es ideológicamente relativa, asumiendo que las demás están ideológicamente condicionadas y, por consiguiente, sería la posición de ellos *a priori* la verdadera e indiscutible. Esto no es más que proponer su propia ideología⁵.

Entonces, no hay códigos legales neutrales, pues los textos y normas jurídicas no dejan de ser exponentes de las concepciones políticas y culturales en el momento que fueron redactados y promulgados, lo que resulta relevante de identificar en cuanto a las

³ NOVOA, Eduardo. 1975. El Derecho como obstáculo al cambio social. 16° ed. México. Siglo Veintiuno Editores. p. 118.

⁴ BERIZONCE, Roberto. 2019. Fundamentos ideológicos del fenómeno procesal. Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de La Plata. 16(49): pp. 468-469.

⁵ TARUFFO, Michele. 2013. Ideologías y teorías de la justicia civil. Lima. Revista *Advocatus*. (28): pp. 160-161.

interpretaciones posteriores de estas normas⁶. Aunque, estén influenciadas por la política, no hay que olvidar que el derecho procesal no se reduce solo a ella.

En consecuencia, prescindir de una contextualización previa de la influencia política del proceso es renunciar a una comprensión más profunda del fenómeno jurídico en general y del proceso en particular, a lo que no estamos dispuestos de realizar.

En esta línea, la revisión histórica y política de las instituciones procesales no tiene un solo interés académico, sino que pone en relieve el legado de los diversos procesos e hitos históricos de la tradición occidental, los que son determinantes para una cabal comprensión del proceso, ya que las instituciones generadas bajo distintas ideas políticas han sucedido por motivo de las diversas concepciones de Estado, las que a su vez influyen en la conceptualización de la función judicial⁷. El proceso no es neutral de su ambiente, sino que es el resultado de la dialéctica política y legislativa, combinación de factores variados como la tradición jurídica de su país, los acontecimientos históricos, la política y la cultura, elementos que influyen a los legisladores, como también a quienes les corresponde su interpretación y aplicación una vez vigente, a través de la doctrina procesal y la jurisprudencia⁸. Estas dimensiones incidirán en los factores que configuran el proceso: sus fines u objetivos, la distribución de los roles del juez y las partes, la estructura del procedimiento, la regulación de las pruebas, etc., el modelo procesal nace de una combinación ideológica (a veces contradictoria) y no es una mera construcción académica⁹.

En atención de lo anterior, el propósito de este capítulo es identificar al liberalismo político como la doctrina rectora del Derecho vigente durante el proceso codificador y, en particular, como ideal inspirador de los principios que estructuraron el proceso civil moderno, pues este pensamiento propio de la concepción liberal de la economía junto al el derecho de propiedad, se extendió y asentó en el proceso civil mediante la noción de principio de

⁶ MONTERO, Juan. 2006. Prologo Primera Edición. En: MONTERO, Juan. (Coord.) 2011. Proceso civil e ideología. 2º Edición. Valencia. Tirant lo Blanch. pp. 16-17

⁷ HUNTER, Iván. 2020. Rol del juez. Prueba y proceso. Santiago. Ediciones DER. pp. 15-16.

⁸ TARUFFO, Michele. 2013. Op. Cit. p. 167.

⁹ BERIZONCE, Roberto. 2019. Op. Cit. p. 470.

oportunidad sobre el conflicto de las partes¹⁰. Esta idea, veremos más adelante, se expandió en Europa, América Latina y, especialmente, en Chile. Posteriormente, enunciaremos y caracterizaremos la encrucijada de este modelo procesal contemporáneo, de carácter dispositivo y liberal, frente a la realidad de finales del siglo XX y los inicios del siglo XXI. Abordaremos, a continuación, el rol de la incorporación de facultades de oficio del juez, las que se erigen como una salida a este desafío contemporáneo.

A modo de prevención, si bien reconocemos el valor y la influencia de la ideología en la concepción y aplicación del proceso y sus normas, es importante hacer notar que la discusión no puede reducirse a una de mera controversia entre ideologías. Hay que reconocer que una determinada idea política y económica impregnará determinadas normas, interpretaciones e instituciones, pero ello no desatiende la discusión técnica del proceso¹¹, de la procedencia o no de determinadas estructuras en atención exclusivamente al procedimiento.

1.1.1. Liberalismo político y económico como ideal rector del Derecho y del proceso civil clásico

El individualismo considera que el Estado no tiene otro fin que la protección de los derechos subjetivos de los particulares, propósito según el cual, las sociedades formulan el Derecho, estructuran la administración de justicia y pretenden la conservación del orden social¹². Las instituciones anteriores serán medios instrumentales que sirven al individuo y la prosecución de sus objetivos e intereses, por lo que su acción se encuentra restringida a lo estrictamente necesario para estos fines.

El planteamiento anterior puede remontarse al contractualismo de LOCKE, quien plantea que el deseo de los individuos a unirse en sociedad, pese al estado de libertad absoluta que gozan en el estado de naturaleza, tiene como origen su temor a la constante incertidumbre

¹⁰ MONTERO, Juan. 2011. Op. Cit. p. 149.

¹¹ HUNTER, Iván. 2020. Op. Cit. p. 151.

¹² NOVOA, Eduardo. 1975. Op. Cit. p. 123.

y amenaza del ataque de otros, igualmente libres, y se justifica con el fin de la preservación de sus vidas, libertades y posesiones, conformando una comunidad que proteja y reconozca sus bienes preciados¹³. Es decir, la formación teórica de la vida comunitaria no tiene otra justificación más que un interés individual en la preservación de los derechos inherentes a la persona, como la conservación de la libertad y propiedad, motivación que se extiende, necesariamente al establecimiento de leyes y procedimientos que hagan efectivo el goce de estos derechos.

Incluso, en particular, respecto a la función jurisdiccional, de acuerdo a lo señalado por el autor, aun cuando en el estado de naturaleza existe la ley natural, este estado carece de juez imparcial y público para hacer valer los derechos individuales frente al ataque ajeno, como también mecanismo alguno para hacer ejecutar lo sentenciado, ya que en un estado de libertad así descrito, cada uno es juez y ejecutor de la ley¹⁴, situación que impulsa a las personas a renunciar a su libertad absoluta para la construcción de una comunidad política que albergue estas garantías, buscando protección en las leyes y la construcción de una institución que contenga este juez y ejecutor de la ley.

El proceso, entonces, es comprendido siempre desde la óptica de los derechos individuales, particularmente aquellos de corte económico, asignándole al Estado un rol residual de orden público y protección de estos mismos derechos individuales, que justifican y sirven de base de la sociedad civil¹⁵. Se reduce al Estado en el aspecto jurisdiccional a un instrumento de discernimiento de conflictos y de coacción para cumplir las sentencias, de ser necesario, sin una inquietud muy profunda sobre el devenir de lo sustantivo del conflicto¹⁶. Este tipo de derecho procesal refleja el esquema liberal de libre mercado, es decir, la autonomía de las partes y su absoluta libertad frente al Estado como el mecanismo óptimo para la distribución de los recursos en el aspecto de la resolución de controversias¹⁷.

¹³ LOCKE, John. 1689. Segundo Tratado sobre el gobierno civil. 2º Edición. Madrid. Editorial Tecnos. pp. 123-124.

¹⁴ Ibid. pp. 124-125.

¹⁵ HUNTER, Iván. 2020. Op. Cit. pp. 18-19.

¹⁶ COUTURE, Eduardo. 1999. Trayectoria y destino del Derecho Procesal Latinoamericano. Buenos Aires. Ediciones Depalma. pp. 36-37.

¹⁷ HUNTER, Iván. 2020. Op. Cit. p. 26.

Para la perspectiva *lockeana*, la ausencia de instrumentos jurídicos, tanto sustantivos como procesales, que hicieran irreal la vigencia del derecho de propiedad de todos los individuos frente a la ilegítima actuación de autoridades, provoca que éstos últimos se colocan a sí mismos en un estado de guerra contra la sociedad, quedando éstos a su vez, liberados de la obediencia y gozando nuevamente de su libertad original para el establecimiento de un nuevo gobierno que garantice los bienes más preciados¹⁸. El rol de la autoridad se encuentra así condicionado a la mantención y vigencia de su función originaria.

Otro planteamiento de la tradición contractualista es la de HOBBS, quien señala que el motivo último de la conformación del Estado es el afán de conservación de los propios individuos, para abandonar el estado de guerra en el que se encuentran inmersos y someterse al castigo estatal para la realización de sus pactos y la observancia de sus leyes, puesto que si no se ha instruido poder público lo suficientemente grande para garantizar la seguridad de las personas, cada una de ellas solo se fiará de su propia fuerza¹⁹, lo que hace imposible la convivencia pacífica.

En particular, respecto al derecho de propiedad que gozan los individuos, se indica que es inherente a la soberanía pública la prescripción de normas que establezcan qué bienes y qué acciones tienen los propietarios para el goce de sus derechos, siendo ambos elementos fundamentales para el establecimiento de la paz pública²⁰, de modo tal que la libertad originaria es delimitada en atención a la mantención de la vida y bienes de los súbditos. En la misma línea, es igualmente inherente a la soberanía el derecho de la judicatura, consistente en oír y decidir todas las controversias respecto de la ley, a fin de mantener la protección del individuo contra los ataques de otro²¹, de tal forma que una institución imprescindible de la comunidad política es la facultad jurisdiccional, observando siempre prioritariamente el origen de la función estatal: la mantención de la vida y la propiedad.

¹⁸ LOCKE, John. 1689. Op. Cit. p. 212.

¹⁹ HOBBS, Thomas. 1651. *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*. Fondo de Cultura Económica. Argentina. p. 137.

²⁰ *Ibid.* p. 146.

²¹ *Ibid.* p. 147.

Entonces, ambos autores contractualistas precedentemente analizados coinciden en la motivación individualista de la conformación de lo colectivo, importando principalmente, la conservación de la propia vida, como de la propiedad de cada uno. Este planteamiento se extiende, necesariamente, a la función que le compete al Estado en cada una de sus instituciones, incluida la judicial.

Sobre el rol que cumple el Estado, de manera más reciente, DAMASKA describe los tipos de estructuras estatales existentes desde la interpretación de la relación que el Estado configura con los individuos.

Una de las descripciones de tipo de Estado es el denominado reactivo o de *laissez faire*, cuya función en relación con los individuos se limita a proporcionar a los ciudadanos un marco para el desarrollo de sus intereses privados, es decir, no concibe ni milita en ningún interés propio, sino ampara la coexistencia de intereses individuales²². De hecho, la justificación de la unión entre los ciudadanos no está sujeta a un determinado deseo común, sino más bien, se encuentran conectados entre sí con el Estado en su calidad de foro neutral para resolver disputas, estando las actividades estatales, subordinadas a esta función adjudicativa²³. HAYEK coincide con lo precedentemente señalado, en cuanto el orden de mercado y la estructura liberal del Estado no descansará en propósitos comunes ni en el acuerdo sobre resultados deseables para todos, porque esta estructura es independiente de los propósitos particulares conjuntamente considerados, debiendo contribuir, en cambio, a una gran cantidad de propósitos individuales, separados entre sí, procurando su coexistencia pacífica para el beneficio mutuo de las personas²⁴.

Esta comprensión se extiende al aparataje judicial, ya que al igual que la comprensión contractualista, el Derecho y el proceso serán entendidos bajo una óptica que concuerde con la comprensión sobre la función estatal, por tanto, bajo una mirada reactiva, el proceso solo

²² DAMASKA, Mirjan. 2000. Las caras de la justicia y el poder del Estado. Editorial Jurídica de Chile. p. 128-129.

²³ Ibid. pp. 131-132.

²⁴ HAYEK, Friedrich. 1982. Los principios de un orden social liberal. Estudios Públicos. (6): p.183.

se justifica como método de resolución de controversias, quedándole vedado al juez el ejercicio de otros objetivos ajenos a éste. El estado reactivo entiende al procedimiento como una contienda exclusiva de dos partes, por tanto, el diseño de su enfrentamiento es extremo, estableciendo intervenciones mínimas en la forma en que los intervinientes desarrollan su disputa²⁵. HUNTER señala que esta comprensión individualista del rol del Estado implicará que éste no tiene interés alguno en la resolución sustantiva del conflicto, no debiendo intervenir en él²⁶, salvo en la dictación de la sentencia, lo que convierte la posición del juez de la causa a una posición similar a la de un moderador o árbitro de un debate, indiferente al tema que se discute²⁷, salvo la mantención de algunas reglas de comportamiento para asegurar su correcto desenvolvimiento.

Tanto los planteamientos de LOCKE y HOBBS, como los de DAMASKA, nos permiten concluir que, bajo estas ópticas, la concepción del Estado y, consecuentemente, del rol que le compete al Derecho y al proceso, no será inocente. En consecuencia, apuntará casi exclusivamente a la resolución de controversias, la que se alcanza solo a través de la libre e ilimitada iniciativa de las partes cuyo único interés es triunfar dentro de la competición que se torna el proceso, quedándole vedado al Estado la gestión o condicionamiento del proceso como también, con mayor fuerza, determinar su resultado²⁸. Esta es una concepción que denominaremos privatista del proceso.

Si bien, hemos desarrollado el fundamento y las características del liberalismo y su influencia en el proceso, debemos diferenciar el concepto de liberalismo con el de democracia, pues resulta ser una distinción que importará *infra*²⁹. En esta línea, HAYEK señala que ambos términos son compatibles y que, incluso, se han utilizado para referirse indistintamente entre ellas como vocablo “liberalismo”, pero no son conceptos idénticos, pues el liberalismo propiamente tal incumbe a la extensión del poder público, mientras que

²⁵ DAMASKA, Mirjan. 2000. Op. Cit. p. 139.

²⁶ HUNTER, Iván. 2020. Op. Cit. p. 18.

²⁷ DAMASKA, Mirjan. 2000. p. 176.

²⁸ TARUFFO, Michele. 2009. La justicia civil. En: Páginas sobre justicia civil. Marcial Pons. p. 154.

²⁹ Véase en: “2.3.2. Respuestas a las críticas de la corriente garantista”.

el “democratismo” responde la interrogante de quién es el que detenta ese poder, respondiendo a las ideas de VOLTAIRE y ROUSSEAU³⁰.

Cuando afirmamos que el proceso civil tradicional tiene su fundamento en el liberalismo, estamos refiriéndonos al liberalismo de HAYEK y no el cariz democrático del mismo, pues nos importa el concepto que señala que los fenómenos políticos (y jurídicos) se explican con la idea de que los beneficios comunes recién nacen con la limitación a los poderes gubernamentales³¹, en favor del individuo, y no nos referimos al ámbito de las ideas democratizadoras del liberalismo en cuanto al derecho procesal. El autor citado es claro al señalar el fundamento último de este pensamiento, coincidiendo con LOCKE, en cuanto “las actividades coercitivas del gobierno deberían limitarse a mantener el cumplimiento de dichas reglas, cualesquiera sean los demás servicios que el gobierno pueda prestar al mismo tiempo”³².

1.1.2. Proceso como resolución de controversias

La adjudicación civil, bajo la noción de derecho privado y eminentemente liberal antes descrita, se concibió a sí misma como un proceso sujeto a la creencia que su única función consistía en la resolución de asuntos privados sin interés público en su desarrollo o culminación, extendiéndose no solo en el dominio particular del derecho disputado, sino también en la forma de desarrollar el procedimiento mismo³³. TARUFFO lo señala con precisión: “El proceso es el contexto en el que las partes tienen y deben tener una oportunidad justa e ilimitada para presentar sus posiciones, sus argumentos y su prueba ante un juez”³⁴, limitándose éste a proporcionar una solución.

³⁰ HAYEK, Friedrich. 1982. Op. Cit. p. 180.

³¹ Ibid. p. 181.

³² Ibid. p. 182.

³³ GARCÍA, Ramón. 2020. Op. Cit. p. 185.

³⁴ TARUFFO, Michele. 2009. La recolección y presentación de las pruebas en el proceso civil: Tradiciones culturales y tendencias teóricas. En: Páginas sobre justicia civil. Marcial Pons. p. 342.

Algunas expresiones de la exclusiva preocupación del procedimiento liberal al interés de las partes, en perjuicio del interés general o público que podría subyacer al servicio de la justicia civil, son las siguientes:

Primero, que la formulación de las cuestiones de hecho que serán conocidas por el juzgador recae en los contendientes, ya que como la soberanía de la determinación del pleito le corresponde a quien tiene el interés de su resolución, es decir, en los litigantes, permitir que sea el tercero imparcial quien determine los hechos alegados por las partes es implementación de políticas que el Estado reactivo no puede tolerar³⁵, misma lógica que recae sobre el control del progreso del proceso, en cuanto son las partes quienes tienen un interés predominante en la resolución pronta de su controversia o, son quienes están incentivadas frente al retardo injustificado de la contraria, para exigir la imposición de sanciones. De hecho, la lógica que se encuentra detrás de la institución del abandono del procedimiento en Chile, que exige de la actuación de una de las partes para la imposición de la sanción, responde a este tipo de comprensiones del procedimiento.

Segundo, respecto al material probatorio, la lógica liberal no permite espacios en los cuales el juzgador tendrá conocimiento de antecedentes probatorios que no fueron contrastados por las partes mediante el contradictorio, ya que la única forma de información disponible para el juez es la información canalizada por las partes y filtrada por la discusión³⁶, cuestión aparentemente incompatible con la actuación de oficio del tribunal.

En consecuencia, el interés del procedimiento concebido bajo estas lógicas responde a la persecución de un propósito único. Para GARCÍA, el enfoque tradicional o liberal del proceso civil atendía al resultado legalmente correcto, que resolviera la disputa en favor de algunas de las partes, legitimando la institución jurisdiccional, sin atención al tiempo y los recursos empleados para ello, entendiendo que éstas, como dueñas de su controversia, tenían a su vez el derecho a la utilización de cada trámite y oportunidad para la defensa de su interés³⁷.

³⁵ DAMASKA, Mirjan. 2000. Op. Cit. p. 193.

³⁶ Ibid. pp. 235-236.

³⁷ GARCÍA, Ramón. 2020. Op. Cit. p. 187.

Para DAMASKA, en cambio, el objetivo último del proceso liberal es proporcionar un foro para la resolución de la controversia, del cual los particulares esperan absoluta neutralidad, por sobre la exactitud de la solución, ya que amenazaría a las mismas con la implementación de políticas sustantivas, alternativa insostenible bajo un Estado reactivo³⁸.

Si bien, ambas aproximaciones doctrinales difieren en la identificación de la preocupación última del procedimiento liberal, no cabe duda de que ésta se funda en la comprensión de la controversia como propiedad de las partes, ya sea atendiendo a la resolución correcta del conflicto o alcanzar la solución mediante dictación de sentencia fundada en un proceso neutral. Más adelante veremos la paulatina superación de esta lógica en algunos sistemas procesales y la integración de otros intereses igual de relevantes que la corrección de la decisión, como de la neutralidad del juzgador, que pretenden alterar la concepción misma del proceso civil, más allá de una mera herramienta de los particulares para sus enfrentamientos jurídicos.

1.1.3. Expresión y expansión del proceso civil liberal

El proceso moderno de tradición continental recogió los valores liberales levantados por la Revolución Francesa, ideales que, dentro de otras instituciones, se plasmaron en el modelo del procedimiento civil, asentando su núcleo en la igualdad formal entre los individuos³⁹, a través de la ficción de que las partes están en condiciones de tomar decisiones racionales sobre todos sus asuntos, incluidos los judiciales⁴⁰.

Los ideales de la revolución trajeron consigo la reducción de la intromisión estatal en diversos aspectos de la vida social en favor de la sociedad civil, lo que se extiende a su vez en la concepción respecto a la justicia civil, en cuanto el juez debe abstenerse de cualquier

³⁸ DAMASKA, Mirjan. 2000. P. 234.

³⁹ HUNTER, Iván. 2010. El principio dispositivo y los poderes del juez. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (35): p. 151.

⁴⁰ GARCÍA, Ramón. 2020. Op. Cit. p. 271.

intervención hasta el momento de la dictación de la sentencia, justificando la configuración de un proceso ampliamente dispositivo⁴¹.

Al día de hoy, estas consideraciones son superadas o, al menos, matizadas, como veremos más adelante, entre otros motivos, por la constatación que la aplicación única del principio de igualdad revolucionario a los desfavorecidos económica y socialmente, no es más que otro tipo de injusticia⁴². Pero, al momento de su implementación, al alero del liberalismo, las consideraciones económicas y sociales eran irrelevantes, desplazando cualquier intervención de índole estatal, concibiendo al proceso como un asunto que le compete exclusivamente a los ciudadanos, formalmente semejantes, quienes someten su disputa al órgano judicial. HUNTER describe de manera precisa que la visión liberal, respecto de los litigantes, es “ajena a sus particularidades e ignorante de sus condiciones sociales y económicas”⁴³.

El proceso de codificación francés, que dio origen al Código de Procedimiento Civil de 1806, que entró en vigencia en 1807, fue bien acogido por la sociedad europea del siglo XIX, producto de la síntesis de los aires revolucionarios que permitieron su nacimiento y, por otro lado, del tradicionalismo reaccionario y del sistema heredado del Antiguo Régimen⁴⁴. Esta acogida también se entiende al colocar el énfasis de su regulación en la responsabilidad individual de los litigantes, entendiéndolos como hombres razonables enfrentados en una posición de igualdad⁴⁵, en concordancia con las ideas dominantes en el continente. DAMASKA es claro al sintetizar el razonamiento detrás del proceso civil de la época, imaginándolo como la continuación, pero desde la óptica procesal, de las transacciones privadas del mercado, guiándolas por nociones muy amplias de autonomía particular⁴⁶.

⁴¹ PALAVECINO, Claudio. 2011. El retorno del Inquisidor. Crítica a la iniciativa probatoria judicial. Perú. Editorial San Marcos. p. 8.

⁴² CAPPELLITI, Mauro. 1971. *Social and Political Aspects of Civil Procedure. Reforms and Trends in Western and Eastern Europe*. *Michigan Law Review*. 69 (5): pp. 870-871.

⁴³ HUNTER, Iván. 2020. Op. Cit. p. 26.

⁴⁴ GARCÍA, Ramón. 2020. Op. Cit. p. 270.

⁴⁵ VAN RHEE, Remco. 2011. Evolución del derecho procesal civil en Europa: Cómo el juez activo se convirtió en lo normal. *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*. 2(2): p.15

⁴⁶ DAMASKA, Mirjan. 2000. Op. Cit. p. 358.

En la Europa continental, el proceso liberal al estilo francés representó, salvo el caso austriaco, que abordaremos más adelante, la regla general del derecho procesal del siglo XIX. Si bien, aun cuando el procedimiento napoleónico fue el más relevante, dado el expansionismo francés de la época, éste se mantuvo vigente en distintas zonas geográficas aún tiempo después de derrocado el Emperador Francés en 1813⁴⁷ ⁴⁸, son también expresiones relevantes de este modelo el *Codice di Procedura Civile* italiano de 1865 y el Reglamento Procesal Germánico de 1879⁴⁹. Estos modelos procesales sustancialmente son homogéneos en cuanto a su inspiración liberal-clásica del *Code* francés, lo que es visible en la mayoría de las codificaciones europeas de la época⁵⁰.

Estas ideas comunes que trascendieron estos tres ordenamientos jurídicos son que no se acordaron poderes espontáneos al juez, ni se discutió sobre el reparto de funciones entre las partes y el juzgador, sino que aconteció una atribución unilateral en favor de las partes⁵¹, adoptando el tribunal un papel más bien secundario o reservado al final de la contienda. La tradición del *common law* denomina a este tipo de juez como *umpire*, que comparte características con esta comprensión continental, que veremos más adelante.

Entonces, es un proceso en el cual el juez carece de toda facultad formal, de corrección del procedimiento, recayendo en las partes la carga de su alegación, es decir, la función judicial fue limitada respecto al objeto privado de lo discutido⁵². Estas expresiones de una comprensión absoluta del principio dispositivo la revisaremos en el siguiente capítulo con mayor profundidad⁵³.

⁴⁷ VAN RHEE, Remco. 2011. Tradiciones europeas en el procedimiento civil: Una introducción. *Revista de Estudios de la Justicia*. (15): p. 21

⁴⁸ Para mayor información sobre las diferentes codificaciones en territorios ocupados en algún momento por el Imperio Francés, que expresan una continuación de la tendencia liberal francesa, véase en *Ibid.* pp. 21-25.

⁴⁹ HUNTER, Iván. 2020. *Op. Cit.* pp. 19-20.

⁵⁰ TARUFFO, Michele. 2009. *Op. Cit.* pp. 153-154.

⁵¹ HUNTER, Iván. 2020. *Op. Cit.* p. 21.

⁵² *Ibid.* p. 23.

⁵³ Véase en: “2.1.1. Principio dispositivo”.

En España, la regulación del proceso civil se manifestó incipientemente con la Partida III, cuyo principio básico es que el proceso es un drama entre tres personas, solo iniciada por una de ellas, bajo la concepción de que las partes disponían con toda la amplitud de medios de ataque y defensa, lo que derivaba en un procedimiento lento y formalista y originador de un elevado coste, pues se debía ofrecer las mayores posibilidades de acción a los litigantes⁵⁴. Posteriormente, constan el Libro XI de la Novísima Recopilación de 1805 y las sucesivas reformas posteriores a inicios del siglo XIX, siguiendo los mismos principios. Pero será recién en 1855, al alero de la Constitución de 1812 y especialmente algunos decretos de las Cortes de Cádiz y sucesivas reformas que terminaron con la redacción del primero Código procesal, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855⁵⁵, , que plasmó un proceso que mantuvo el principio dispositivo⁵⁶, significando que, en esta época, en pleno auge del desarrollo liberal, el país ibérico no fue la excepción en la contemplación de este modelo en Europa, ya que, de acuerdo a MONTERO, la legislación española de la época mantuvo la tradición del proceso ordinario del derecho común⁵⁷, caracterizado por estar presidido por un juez que cumple la función de un pacífico mediador, mientras son las partes quienes asumen todas las facultades, en particular en lo referido a las facultades de dirección⁵⁸, coincidente, aunque no inspirado, con las ideas revolucionarias en Francia de la época. El mismo autor señala que la Exposición de Motivos de la Ley de Bases “para la reforma de los procedimientos en juicios civiles” que antecedió la aprobación en el mismo año de la LEC, dejó en claro que la revisión del sistema procesal que debía pretender la destrucción de los fundamentos sobre los que descansan las instituciones procesales vigentes en la época, dándole fuerza nueva a los principios fundamentales de las antiguas leyes del viejo juicio ordinario, el que determinó el devenir procesal de varios otros países vinculados con Iberoamérica⁵⁹.

La siguiente reforma española relevante que le siguió a este código fue a finales del mismo siglo, mediante la dictación de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, la que

⁵⁴ MONTERO, Juan. 2000. La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española y la oralidad. Revista de la Facultad de Derecho PUCP. (53): pp. 586-587.

⁵⁵ Ibid. p. 592.

⁵⁶ CASTILLEJO, Raquel. 2017. Op. Cit. p. 21.

⁵⁷ MONTERO, Juan. 2016. El proceso civil. Los procesos ordinarios de declaración y de ejecución. 2º Ed. Valencia. Tirant lo Blanch. p. 47.

⁵⁸ Ibid. p. 44.

⁵⁹ MONTERO, Juan. 2000. Op. Cit. p. 594.

mantuvo el espíritu del anterior cuerpo legal y no supuso innovación relevante alguna⁶⁰, tratando también de mantener lo existente⁶¹. De hecho, MONTERO al referirse a esta redacción, se refiere a su principal redactor en los siguientes términos: “MANRESA, el autor principal de la LEC de 1881, consideraba que ‘la mejor ley de procedimiento es la que deja menos campo al arbitrio judicial’, por cuanto este arbitrio es incompatible con las instituciones liberales”⁶². En esta línea, PICÓ I JUNOY indica que la decimonónica LEC impidió que se acogiera gran parte de los postulados “publicadores” del proceso civil contemporáneos y posteriores a su redacción, negándole toda iniciativa probatoria al juez, salvo las diligencias para mejor resolver⁶³.

En el caso de Latinoamérica, su pasado colonial determinó, en gran medida, los subsecuentes comportamientos de las naciones recientemente independientes, adoptando y adaptando cuerpos legales bajo la influencia de las revoluciones francesas y americana⁶⁴. Particularmente, las naciones vinculadas con España, dada la imposición, durante la época colonial de una gobernanza basada en un criterio centralizado, significó una supresión de las prácticas legales originarias, eliminando todo reconocimiento del derecho precedente en las colonias en el derecho indiano⁶⁵, facilitando, a su vez, la permeabilidad americana de los fenómenos jurídicos europeos, en perjuicio de tradiciones propias del continente americano. Esto significó, en las incipientes elites de las repúblicas, una aspiración generalizada de identificarse con la doctrina europea, implicando que el derecho privado y el proceso civil de los nuevos Estados permanezcan fieles a su herencia colonial⁶⁶, “sin preguntarse por su

⁶⁰ CASTILLEJO, Raquel. 2017. Op. Cit. p. 22.

⁶¹ MONTERO, Juan. 2000. Op. Cit. p. 599.

⁶² MONTERO, Juan. 2016. Op. Cit. p. 127.

⁶³ PICÓ I JUNOY, Joan. 2007. El juez y la prueba. Estudio de la errónea recepción del brocardo *iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam* y su repercusión actual. José María Bosch Editor. Barcelona. p. 103

⁶⁴ OTEIZA, Eduardo. 2010. *Civil Procedure Reforms in Latin America: The Rol of the Judge and the Parties in Seeking a Fair Solution*. En: CHASE, Oscar. WALKER, Janet. 2010. *Common Law, Civil Law and the Future of the Categories*. Canadá. LexisNexis. p. 229.

⁶⁵ LÓPEZ, Diego. 2020. La historia de otros: ideología del derecho procesal europeo y su trasplante a américa latina. *Via Iuris*. (29): p. 38.

⁶⁶ ORTELLS, Manuel. 1990. Tradición y cambio en el proceso civil iberoamericano (A propósito de un “Código procesal civil modelo”). *Revista de la Facultad de Derecho de México*. (40): 169-171. p. 227.

posible traducción a las condiciones locales”⁶⁷, ni cuestionarse por las consecuencias que esta replica significaría en la idiosincrasia cultural y jurídica de las jóvenes repúblicas.

De acuerdo a ORTELLS, la mantención del sistema de enjuiciamiento civil español y de la constante influencia que significó el proceso civil europeo liberal en los nuevos estados iberoamericanos, se debe a varios motivos; en primer lugar, una vez efectuado el proceso emancipador, con diferente tiempos de vigencia, se mantuvo el sistema imperante de la época colonial por consideraciones de continuidad y seguridad jurídica mientras los nuevos estados estabilizaban sus estructuras políticas incipientes (priorizando, por ejemplo, la redacción de constituciones políticas) y, en segundo lugar, una vez iniciado el proceso codificador propio latinoamericano se ejerció una influencia decisiva a través de los modelos de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 y de 1881 de España⁶⁸, fenómeno que se explica por la unidad idiomática, la tradición de la comunidad cultura jurídica entre España y las ex colonias, la que permitió con facilidad la comprensión de las instituciones allí recogidas⁶⁹. En particular, respecto a la LEC de 1855, su relevancia en América Latina se explica especialmente porque supuso escasos cambios respecto al sistema de enjuiciamiento practicado en la época colonial, de manera que, la elite intelectual americana se halló en una mejor posición para asimilar su contenido⁷⁰. Esta última explicación resulta relevante, ya que el conservadurismo de las cortes y de los abogados de entonces se justificó en el acostumbramiento sobre ciertas formalidades y reglas procedimentales heredadas desde la época colonial⁷¹, resultando más conveniente su mantención, que innovar en la materia.

A modo de ejemplo, OTEIZA señala que, en el caso de Argentina, cerca de 390 de 800 secciones del Código del Procedimiento Civil y Comercial de 1880 están moldeadas de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 y, en el Perú, el Código de Procedimiento Civil de 1912, que estuvo vigente hasta 1993, se basó en la LEC de 1881⁷².

⁶⁷ LÓPEZ, Diego. 2020. Op. Cit. p. 38.

⁶⁸ ORTELLS, Manuel. 1990 Op. Cit. p. 228.

⁶⁹ Ibid. p. 233.

⁷⁰ Ibid. p. 236.

⁷¹ OTEIZA, Eduardo. 2010. Op. Cit. p. 233.

⁷² Ibid. p. 232.

Este proceso significó que la codificación americana respondiera totalmente a una orientación liberal e individualista del proceso civil⁷³, herencia del mismo proceso desarrollado en Europa a partir de las ideas revolucionarias francesas.

En el caso de nuestro país, el legislador del Código de Procedimiento Civil (CPC) no es indiferente a esta permeabilidad latinoamericana y optó por una salida conservadora respecto al sistema de justicia civil, influenciado por la añeja Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855, sin seducirse por los códigos modernos de la época⁷⁴, salvo algunas similitudes respecto a las medidas para mejor resolver, que son propias de la LEC de 1881. HARASIC señala lo siguiente al respecto: “Como heredero de la Ley de Enjuiciamiento Civil española, y por ende tributario de Las Partidas, necesariamente había de recoger el influjo de las concepciones individualistas en cuanto a la actividad del juez en el proceso civil.”⁷⁵

Sin embargo, HUNTER precisa que, si bien puede interpretarse el CPC chileno a través de ciertas disposiciones como un código que consagraría un cariz activo de juez, tanto en materia de dirección del procedimiento, como de actividad probatoria, esto se mantendría en la esfera teórica, ya que, en la práctica, los jueces chilenos escasamente utilizan estos poderes (como las medidas para mejor resolver), deviniendo que el proceso nacional se caracteriza por el dominio de los litigantes⁷⁶. Incluso, el autor agrega que la jurisprudencia es cada vez más estricta al respecto, en orden de asignar, casi exclusivamente, en las partes la responsabilidad de llevar el proceso a término⁷⁷, pese a la existencia de algunas disposiciones que podrían disponer lo contrario o aligerar esta tendencia. Ejemplo de lo anterior son instituciones como las medidas para mejor resolver, la casación de oficio, el control de ciertos presupuestos de oficio de parte del juez, que son escasamente utilizadas por la jurisprudencia, descansando en la idea generalizada del carácter eminentemente dispositivo del proceso civil nacional.

⁷³ COUTURE, Eduardo. 1999. Op. Cit. pp. 35-36.

⁷⁴ NUÑEZ, Raúl. 2005. Crónica sobre la reforma del sistema procesal civil chileno (fundamentos, historia y principios). Revista de Estudios de la Justicia. (6): pp. 175-176.

⁷⁵ HARASIC, Davor. 2006. Justicia Civil: Transformación necesaria y urgente. En: SILVA, José. *Et al.* (Editores). Justicia Civil y Comercial: Una reforma pendiente. Fundación Libertad y Desarrollo. Pontificia Universidad Católica de Chile. p. 390

⁷⁶ HUNTER, Iván. 2020. Op. Cit. p. 124.

⁷⁷ *Ibid.*

En el caso del *common law*, su origen se remonta a la época feudal de Inglaterra. En estos tiempos, en cuanto a la estructura de la judicatura inglesa, comenzó un conflicto respecto a la forma tradicional de resolver las disputas, que eran abordadas solamente a nivel local, dada la pretensión del poder central de imponer cortes designadas por la Corona a lo largo del país, como materialización de la soberanía y el derecho a juzgar⁷⁸, propios del absolutismo. Durante este desarrollo legal, no existió un poder legislativo fuerte y central, con capacidad de extender sus decisiones a través del país, por lo que la forma de crear normas uniformes solo era a través de las cortes, por lo que las decisiones tomadas por las mismas en un caso particular no eran solamente una mera solución al conflicto individual, como lo es con el efecto relativo de las sentencias en el *civil law*, sino una norma que debe ser seguida en los casos venideros, tornándose parte del *general or common law*⁷⁹, como indica su nombre. En esta época, era el juicio por jurado la forma tradicional de impartición de justicia, pero el transcurso del tiempo implicó que esta institución evolucionara hacia el procedimiento adversarial, caracterizado con un juez pasivo, tal como el jurado lo era⁸⁰.

Si bien, en lo que respecta al modelo de procedimiento, JOLOWICZ señala que no hay estructuras puras, hay una comprensión generalizada que la tradición del *common law* es predominantemente adversarial que otros sistemas comparados⁸¹, siguiendo la lógica de que el procedimiento civil no parte sino a voluntad del litigante, pues “ningún acreedor está obligado a reclamar la deuda que se le debe; a ninguna víctima de un daño legal se le niega el derecho, si así lo desea, de aceptar como compensación una suma de dinero menor a la que le corresponde legalmente”⁸².

De acuerdo al entendimiento tradicional, el proceso civil, además de voluntario, se fundamenta por motivos egoístas, es decir, no es común el inicio voluntario de un

⁷⁸ DAINOW, Joseph. 1967. *The Civil Law and the Common Law: Some Points of Comparison. The American Journal of Comparative Law. Oxford University Press.* (1966-1967). Vol. 15. p. 422.

⁷⁹ Ibid. p. 424.

⁸⁰ GARCÍA, Ramón. 2020. Op. Cit. p. 287.

⁸¹ JOLOWICZ, John. 2000. *On Civil Procedure. Cambridge University Press.* p. 175

⁸² Ibid. p. 21. En su idioma original: “No creditor is obliged to call in the debt owed to him; no victim of a legal wrong is denied the right, if he so chooses, to accept as compensation a sum of money less than that to which he is legally entitled”.

procedimiento por motivos altruistas, ya que, como el litigante es libre de acceder al servicio judicial, lo hará esperando un beneficio para sí mismo⁸³. En esta línea, el autor antes citado explica, a través de la interpretación que efectúa la *House of Lords* en *Air Canada v. Secretary of State for Trade* de 1983, el modelo adversarial británico habilitaba, incluso, a una de las partes a no mostrar información que le perjudica⁸⁴, dado que no hay un deber ni objetivo del procedimiento, que justificara esta obligación, posicionándose esta comprensión dentro del modelo propiamente liberal que venimos explicando precedentemente. Veremos más adelante que la reforma procesal inglesa altera esta comprensión en función del *duty to the court*, mediante la imposición de un deber de los litigantes con la administración justa y eficaz de la justicia⁸⁵.

JACOB indica que el sistema adversarial inglés, en lo que respecta al papel del juez, es inactivo, pasivo y no intervencionista, en el que son las partes las que son dominantes y adquieren un rol independiente para persuadir al tribunal en su favor⁸⁶. El comportamiento esperable del juez inglés en este contexto entonces es de un *umpire* o árbitro de cricket, que está allí solamente para verificar que se han cumplido las reglas del juego⁸⁷. En este contexto, la jurisprudencia señaló que para el juez le estaba vedado descender a la arena del campo de batalla, pues es probable que nuble su visión con el polvo de la batalla,⁸⁸ como también asumir el rol del abogado de una de las partes⁸⁹, no pudiendo llamar testigos ni interrogarlos.

Por su parte, GARCÍA describe que este procedimiento inglés nació con la *Judicare Act* de 1873-1875 tenía un claro enfoque liberal, dado que dio prioridad al aseguramiento del *justice on the merits* o justicia sustancial, sin importar consideraciones de eficiencia ni de economía para las partes, primando la resolución del conflicto como objetivo del juicio, volviendo los litigios una escena táctica, en cuanto la mayoría de las partes entendieron que

⁸³ Ibid. pp. 21-22.

⁸⁴ Ibid. p.178.

⁸⁵ Véase en: “3.2.1.2. Overriding objective”

⁸⁶ JACOB, Jack. 1987. *The Fabric of English Civil Justice. Stevens and Sons*. Londres. p. 7.

⁸⁷ Ibid. p. 9.

⁸⁸ *Yuill v. Yuill* [1945] All ER 183.

⁸⁹ *Jones v. National Coal Board* [1957] 2 Q.B. 55, C.A.

el tribunal no podría exigir el cumplimiento de obligaciones procesales ni imponer sanciones porque ello iría en contra del derecho a garantizar justicia sobre el mérito sustantivo⁹⁰.

Bajo esta comprensión, las partes adquieren un rol protagónico, bajo los principios del *party control* y el *party prosecution*, ellas pueden acordar extender los límites de tiempo para cumplir las órdenes del tribunal, delimitar los asuntos o cuestiones de hecho o de derecho que el tribunal deberá decidir, interrogar a la contraparte como a los testigos y el orden en el cual ello sucede, como desarrollar el procedimiento más rápida o lentamente⁹¹. Esto se justificaba, principalmente, porque el sistema adversarial inglés fue entendido como un enfrentamiento, en el que las partes y sus abogados están levantados en armas entre sí, lo que llevó incluso a considerar como contrario a la profesión, la advertencia de un error fatal a la contraria⁹².

Sin embargo, como abordaremos con mucha mayor profundidad *infra*⁹³, este sistema fue reformado a finales del siglo pasado, mediante la incorporación de las *Civil Procedure Rules* (CPR) en 1998, modificando el paradigma tradicional del procedimiento civil inglés, contemplando la figura del juez como la clave para el manejo de la litigación, pues importará, a diferencia de la concepción clásica, consideraciones distintas a la mera resolución del conflicto entre las partes. Esta evolución es una reacción a las dificultades contemporáneas de la justicia civil, las que revisaremos a continuación.

1.2. El modelo procesal civil en una encrucijada

1.2.1. Desafíos contemporáneos de la litigación civil

1.2.1.1. Crisis en la justicia civil y el cambio de paradigma en su estudio

⁹⁰ GARCÍA, Ramón. Op. Cit. p. 293.

⁹¹ JACOB, Jack. 1987. Op. Cit. p. 13.

⁹² Ibid. pp. 14-15.

⁹³ Véase en: “3.2.1.1. Necesidad y antecedentes de la incorporación de las Civil Procedure Rules”

El estudio de la litigación civil tradicionalmente se agotaba en la relación de las partes enfrentadas, es decir, considerándola simplemente como una forma de resolución de conflictos con intereses particulares. ZUCKERMAN denomina esta comprensión como la filosofía antigua del *justice on the merits*, importando solamente esta dimensión de la justicia, sin atender criterios de tiempo ni de costo⁹⁴, por ello él y GARCÍA se refieren a ella como una mirada unidimensional de análisis del proceso⁹⁵. Esta es una comprensión pragmática, en cuanto su propósito fundamental es la obtención de la certeza jurídica que se manifiesta en la adjudicación de la titularidad de un determinado derecho subjetivo o declaración de relación procesal, dando por zanjado el conflicto que afecta la paz social⁹⁶, sin importar otras consideraciones.

Esta concepción omite referencia alguna al aspecto sistémico del sistema de justicia, evaluando la calidad de éste en exclusiva consideración del razonamiento legal o la corrección de la sentencia que resuelve el conflicto particular⁹⁷, sin una mayor preocupación por aspectos relevantes como el costo, ya sea de las partes, como del Estado en su calidad de prestador del sistema ni del tiempo tomado para alcanzar la correcta decisión. Bajo esta lógica, bastaría con la eliminación satisfactoria de la controversia, siendo admisible como tal cualquier tipo de decisión, importando solamente que ellas dejen de discutir⁹⁸.

El advenimiento de las sociedades contemporáneas desde la Segunda Guerra Mundial trajo consigo una progresiva complejización de los conflictos judiciales. Esta evolución se explica, entre otros aspectos, en la conversión de la sociedad a una de producción e intercambios masivos, la que implicó que nuevas y más complejas situaciones de vida cotidianas esperaran ser resueltas por el Derecho⁹⁹, requiriendo de innovaciones en la forma de comprender las instituciones típicas del derecho procesal. Esta evolución significó,

⁹⁴ ZUCKERMAN, Adrian. 1999. *Justice in Crisis: Comparative Dimensions of Civil Procedure*. En: *Civil Justice in Crisis: Comparative Perspectives of Civil Procedure*. Oxford University Press. p. 16.

⁹⁵ GARCÍA, Ramón. 2020. Op. Cit. p. 187.

⁹⁶ HUNTER, Iván. 2011. Op. Cit. p. 77.

⁹⁷ GARCÍA, Ramón. 2020. Op. Cit. pp. 186-187.

⁹⁸ TARUFFO, Michele. 2009. Op. Cit. p. 343.

⁹⁹ CAPPELETTI, Mauro. 1975. Formaciones sociales e intereses de grupo frente a la justicia civil. En: Congreso "Libertades fundamentales y formaciones sociales": 9 y 11 de mayo de 1975. Florencia, Universidad de Florencia. p. 5-6

también, en segundo lugar, una reconceptualización de la labor que le compete al Estado respecto a los individuos que componen su comunidad, en particular, en atinente al reconocimiento de derechos y de su respectiva protección judicial, moviéndose más allá de la concepción tradicional individualista y formal¹⁰⁰, propias del siglo XVIII y XIX.

Esta tendencia de reformular el rol estatal viene a oponerse a la idea liberal clásica de que las normas jurídicas deben limitarse a las prohibiciones, no pudiendo el Estado extender el dominio de la ley a imponer acciones positivas a los particulares¹⁰¹, esperando de éste un actuar positivo. HAYEK, describe este fenómeno como la intromisión del derecho público al ámbito del derecho privado, sustituyendo progresivamente las reglas de conducta estrictamente formales y prohibitivas a reglas de organización, que importan una ordenación de origen estatal a la sociedad¹⁰².

Un ejemplo de lo anterior es el proceso de constitucionalización del derecho privado, el que si bien, excede los límites de este trabajo, es clarificador en cuanto se refiere a un fenómeno de impregnación del ordenamiento en general de normas constitucionales, importando la obligatoriedad directa de normas y principios recogidos en la Constitución, que ha invitado a los privatistas a revisar ciertos postulados clásicos de la disciplina en función de la supremacía de la norma fundamental¹⁰³. En lo que importa en este contexto, este fenómeno ha permitido enfocar la mirada ya no solo en los principios y lógicas que subyacen al ámbito del derecho privado, sino que debiendo atender de igual forma los principios constitucionales y los derechos allí recogidos, los que progresivamente han ido ampliándose.

En este contexto, la lógica que sustenta la justicia civil tradicional es cuestionada, pues como indica BARROS, la radical individualización de la técnica jurídica privilegiando la noción de derechos subjetivos, presenta grandes problemas, entre ellos, el desplazamiento de

¹⁰⁰ GARCÍA, Ramón. 2020. Op. Cit. p. 223.

¹⁰¹ HAYEK, Friedrich. 1982. Op. Cit. p. 188.

¹⁰² Ibid. p. 190.

¹⁰³ LATHROP, Fabiola. 2017. Constitucionalización y jurisprudencia constitucional en el derecho de familia chileno. Estudios Constitucionales 15(1). Centro de Estudios Constitucionales de Chile. Universidad de Talca. p. 330.

la concepción del derecho como una estructura relacional entre los miembros de una determinada comunidad¹⁰⁴. Esta nueva concepción es crítica de la mirada tradicional, particularmente respecto al acceso a la justicia, el costo de litigación y la demora en alcanzar el término del proceso.

Si bien, la litigación civil en la actualidad no se encuentra en un estado universal de crisis, la sensación de ella es bastante generalizada. ZUCKERMAN describe el estado crítico de los distintos ordenamientos jurídicos relevantes: de parte del *common law*, en Inglaterra, antes de la vigencia de las CPR, el costo y la demora han sido una fuente de preocupación desde hace un tiempo, lo que justificó el proceso de reforma que veremos más adelante. Respecto al *civil law*, señala que el estado de la discusión es preocupante en Francia, que vivenció una explosión en cuanto a la cantidad de asuntos sometidos a conocimiento de los tribunales, incrementando la demora en procesar las causas, cuestión que se traduce en desconfianza pública en el sistema, lo que es preocupantemente compartido en Italia¹⁰⁵. VAN RHEE indica que los inconvenientes que genera el retardo en la justicia civil no son exclusivos de ningún ordenamiento o tradición jurídica, compartiendo tanto el derecho continental como el *common law* preocupación al respecto¹⁰⁶.

Una explicación del aumento vertiginoso de la litigiosidad se debe, en parte, a la ampliación del universo de los eventuales litigantes, en cuanto las clases medias emergentes y la población menormente favorecida económicamente, dada la dinámica de la economía de consumo, que ha permitido que ellos se vuelvan poseedores de bienes de relevante cuantía económica o ha permitido que accedan a conflictos de carácter económico¹⁰⁷, ya sea como sujetos activos o pasivos. Prácticamente desde mediados del siglo XX, estas capas de la población que estaban previamente excluidas accedieron a la justicia civil, convirtiéndolo ya no en una sede de conflictos de meros propietarios rurales, sino un proceso que debe hacer

¹⁰⁴ BARROS, Enrique. 2001. Lo público y lo privado en el Derecho. Estudios Públicos N°81. Santiago de Chile. pp. 26-27.

¹⁰⁵ ZUCKERMAN, Adrian. 1999. Op. Cit. pp. 12-13.

¹⁰⁶ VAN RHEE, Remco. 2004. *The Law's Delay: An Introduction*. En: VAN RHEE, Remco (Editor). 2004. *The Law's Delay. Essays on Undue Delay in Civil Litigation*. Amberes, Bélgica. *Intersetia Publishers*. p. 1.

¹⁰⁷ MONTERO, Juan. 2016. El Derecho Procesal en la Encrucijada de los Siglo XX y XXI. Tres ensayos: Uno general y dos especiales. Fondo Editorial de la Academia de la Magistratura. p. 44.

frente a conflictos propios de la sociedad urbana y compleja, volviéndola un fenómeno de masas¹⁰⁸.

Por nuestra parte, la justicia civil nacional hace eco de las deficiencias en el derecho comparado en cuanto al acceso judicial, principalmente desde la perspectiva de los costos para mantenerse como litigante y la excesiva duración de los procedimientos¹⁰⁹. Una de las preguntas que necesariamente deben surgir, luego de señalar que la litigación chilena es ineficaz, cabe preguntarse entonces quién y cómo utilizan los recursos judiciales y para ello revisaremos brevemente los resultados de una investigación empírica de los ingresos de causas en la jurisdicción de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago entre los años 2014 y 2016.

En esta investigación se da cuenta que, alrededor del 92% de los ingresos correspondieron a juicios ejecutivos o gestiones preparatorias de la vía ejecutiva¹¹⁰, y dentro de este universo, sobre el 90% de los actores corresponden a personas jurídicas de derecho privado, es decir, el principal usuario activo de la justicia civil serían las empresas, de las cuales, gran parte de ellas se tratan de sociedades anónimas (alrededor de un 80% en procedimientos ejecutivos y 88% en ordinario)¹¹¹. En esta misma línea, MERY señala que los tribunales de justicia civil dedican principalmente su labor a resolver asuntos de un solo tipo, de naturaleza ejecutiva, que involucran la participación de, al menos, algún banco o institución financiera o comercial¹¹².

LILLO señala que son las sociedades anónimas del sector financiero las que casi monopolizan el sistema judicial civil del país, por casi exclusivamente un tipo de procedimiento. La conclusión del autor sobre estos hechos es que denotan la irrelevancia de la justicia en Chile, “no solo desde el punto de vista de quienes no lo utilizan, sino también

¹⁰⁸ MONTERO, Juan. 2000. Op. Cit. p. 627.

¹⁰⁹ LILLO, Ricardo. 2020. La Justicia Civil en crisis. Estudio empírico en la ciudad de Santiago para aportar una reforma judicial orientada hacia el acceso a la justicia (formal). *Revista Chilena de Derecho*. 47(1): p. 123.

¹¹⁰ Ibid. p. 125.

¹¹¹ Ibid. pp. 128-131.

¹¹² MERY, Rafael. 2006. Una aproximación teórica y empírica a la litigación civil en Chile. En: SILVA, José. *Et al.* (Editores). *Justicia Civil y Comercial: Una reforma pendiente*. Fundación Libertad y Desarrollo. Pontificia Universidad Católica de Chile. p. 108.

desde el punto de vista de quienes no pueden hacerlo”¹¹³, dado que el uso desproporcionado del sistema de justicia de parte de un litigante (o un grupo de ellos, de acuerdo a los datos antes expuestos), resultará en la necesidad de espera de otros¹¹⁴, afectando el efectivo y pronto acceso a la justicia.

La poca heterogeneidad de las causas, en cuanto mayoritariamente los ingresos conocidos por el sistema son del mismo tipo, son un problema de larga data, pues ya en 1989 se señalaba que las causas “no jurisdiccionales” representaban cerca del 63% de los ingresos civiles, entre gestiones preparatorias y materias voluntarias y, dentro del total de los asuntos contenciosos, cerca del 70% eran causas vinculadas con el cobro de dineros, entre juicios ejecutivos y gestiones preparatorias del juicio ejecutivo¹¹⁵, es decir, desde ese entonces se conoce, hasta la actualidad, que los tribunales civiles se dedican casi exclusivamente a la cobranza judicial, en beneficio de grandes empresas, procedimientos que no revisten de una mayor complejidad, pues si bien, las causas de procedimiento ejecutivo, pueden ser contenciosas, esto es solo en la eventualidad de la oposición mediante interposición de excepciones por parte del deudor. De acuerdo a un estudio del Centro de Estudios de Justicia de las Américas, citado por RIEGO y LILLO, las causas ejecutivas sin oposición en la jurisdicción de Santiago entre el 2009 y el 2010, alcanzaron alrededor el 98% de los casos¹¹⁶.

Entonces, dado lo anterior, sin lugar a dudas, es posible afirmar que los tribunales civiles no son utilizados como una instancia de resolución de conflictos relevantes propiamente tal, sino una instancia de cobro burocrático en favor de ciertos usuarios.

Las cifras precedentemente expuestas podrían derivar en una conclusión equivocada. Podría afirmarse que, dado el hecho que la justicia civil es utilizada primordialmente por personas jurídicas de derecho privado y, particularmente, en causas relacionadas con el cobro de dinero, no existiría valor público alguno del servicio de justicia civil. Sin embargo, esta

¹¹³ LILLO, Ricardo. 2020. Op. Cit. p. 142.

¹¹⁴ ZUCKERMAN, Adrian. 2013. *Zuckerman on civil process, principles of practice. Swett and Maxwell*. p. 2.

¹¹⁵ RIEGO, Cristián. LILLO, Ricardo. 2015. ¿Qué se ha dicho sobre el funcionamiento de la justicia civil en Chile? Aportes para la reforma. *Revista Chilena de Derecho Privado*. (25): p. 23.

¹¹⁶ *Ibid.* p. 25.

conclusión sería errada y desde ya la descartamos. La circunstancia que el Poder Judicial conozca mayoritariamente causas que no debiera consumir ese nivel de recursos y de tiempo, no implica a su vez una negación de la función pública del procedimiento civil¹¹⁷, pues aun cuando sea utilizada cuantitativamente más por instituciones financieras y grandes casas comerciales, su carácter público, a través de la reafirmación del derecho objetivo y la resolución de conflictos, permanece e invita a una reflexión sobre el funcionamiento práctico de esta institución. Al mismo tiempo, nos sugiere preguntarnos inmediatamente si este tipo de proceso, descrito ejemplarmente a través de la realidad de la jurisdicción de Santiago, se ajusta o no a las necesidades judiciales que exigen las sociedades democráticas, vale decir cuestionarnos si el papel que está cumpliendo la justicia civil¹¹⁸, es el rol que esperamos y queremos de ella.

La comprensión publicista del proceso civil aboga por la relevancia del interés público de los conflictos de naturaleza privada para estudiar el derecho procesal, planteando que la justicia civil de un Estado de Derecho democrático debe reflejar la diversidad de conflictos que componen sus sociedades, cumpliendo el resguardo debido del interés legítimo privado que fundamenta el conflicto, como este interés público que subyace a todo proceso judicial¹¹⁹, que se manifiesta en una correcta, pronta y económica resolución de las controversias. Bajo esta comprensión, la interpretación que necesariamente nace, a partir de los datos anteriormente plasmados, sugieren que, en los sistemas como el nuestro, donde prevalece un tipo de procedimiento y de usuario litigante, sistemáticamente no estaría respondiendo a esta dualidad de intereses, sino únicamente el de los litigantes.

La prevalencia del interés privado en el proceso, el que se encuentra vigente en Chile, se denomina como comprensión privatista, pues atiende exclusivamente a la utilidad del litigante, traducándose en un sistema de justicia inaccesible, poco efectivo y reservado para ciertos conflictos de ciertos usuarios, convirtiendo a las normas de derecho sustantivo en meras palabras escritas y el Estado de Derecho más en una aspiración, que una realidad¹²⁰,

¹¹⁷ HARASIC, Davor. 2006. Op. Cit. p. 403.

¹¹⁸ NUÑEZ, R. 2005. Op. Cit. p. 176

¹¹⁹ LILLO, R. 2020. Op. Cit. p. 144.

¹²⁰ GENN, Hazel. 2009. *Judging Civil Justice*. Cambridge University Press. p. 18

ya sea para los justiciables actuales que ven demoradas sus causas, como los justiciables eventuales, que ven poco atractiva y conveniente la solución judicial.

Esta doctrina moderna que nos referimos anteriormente, frente al desarrollo jurídico del siglo XIX y posterior, abogó por la trascendencia de la relación singular entre las partes enfrentadas en el juicio y con el juez, aspirando hacia un rol público de la litigación civil, señalando que la comprensión privatista es simplista de la complejidad del proceso, puesto que desconoce los efectos de la adjudicación con respecto a la vigencia de las normas y la natural traducción del ejercicio jurisdiccional en costos y beneficios para las partes y para la sociedad en general¹²¹.

En este contexto, este desarrollo doctrinal, pone el foco en la convivencia dentro del proceso del interés legítimo de los justiciables y el interés del Estado en la resolución de los conflictos desde un punto de vista sistémico, particularmente preocupado con el pronto término de los litigios, dado el compromiso que este asume en cuanto sus recursos materiales y humanos¹²². Por otro lado, afirma que, pese a que en el proceso civil los intereses debatidos son, principalmente de naturaleza privada, en el Estado de Derecho, el *law enforcement* efectuado por el proceso es un servicio público, que evita la desnaturalización del derecho sustantivo, sancionando la vulneración de la ley¹²³, aporte que no se explica bajo una interpretación meramente privatista de la función judicial.

En virtud de lo anterior, en la actualidad, la corrección de la decisión individual ya no es el único factor a considerar para evaluar la efectividad de la actividad jurisdiccional, contemplado la oportunidad y el costo que significa para el justiciable y para el Estado, el ejercicio de la jurisdicción. Frente a la concepción tradicional y privatista, se ha erguido una reconceptualización de los fines procesales, colocando estos nuevos elementos al mismo nivel que la corrección del resultado para la vigencia de un Estado de Derecho moderno. De la mano de esta evolución, se vuelve necesaria la superación de la idea de considerar como

¹²¹ AGUIRREZABAL, Maite y PÉREZ, Álvaro. 2018. Aportes para una conducción colaborativa del proceso civil chileno: pensando nueva justicia. Revista de Derecho Privado (35): p. 295.

¹²² HUNTER. Iván. 2010. Op. Cit. p. 157.

¹²³ ZUCKERMAN, Adrian. 2013. Op. Cit. p. 3.

único fin del proceso la resolución de controversias, e igual que BORDALÍ, consideramos que la jurisdicción es algo más que una vía de solución de conflictos¹²⁴. Importarán, entonces, el tiempo necesario que se requiere para alcanzar una justa decisión y el costo, para el Estado y para el litigante, para alcanzar esta solución.

1.2.1.2. El tiempo y el costo como desafíos de la justicia moderna

A modo de prevención, el tiempo en sí mismo no es un problema grave, sino que se transforma en una deficiencia sistémica cuando constituye retardo indebido, es decir, cuando el tiempo que media entre la presentación de la demanda y la dictación de la sentencia se vuelve indebido¹²⁵. Es tal la relevancia de este aspecto jurisdiccional que algunas constituciones e instrumentos internacionales de derechos humanos lo contemplan expresamente. En esta línea, el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el artículo 14 letra c) del Pacto Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 6(1) de la Convención Europea de Derechos Humanos (que en lo que respecta al Reino Unido importará su incorporación al ordenamiento británico mediante la *Human Rights Act 1998*), contemplan análogas garantías judiciales que reconocen el derecho de las personas a ser oídas dentro de un proceso sin dilaciones indebidas, junto a otros derechos judiciales, los que si bien, podrían apuntar primordialmente al proceso penal, en atención a los bienes jurídicos allí amparados, sin duda es una garantía extensible al proceso civil en sintonía con el aforismo, sin distinción, que justicia retrasada es justicia denegada (*justice delayed is justice denied*). En lo que respecta a su incorporación a nivel constitucional, en nuestro país estas garantías son plenamente aplicables en función del artículo 5 inciso 2° de la Constitución vigente, mientras que, en España, el artículo 24.2 de la Constitución de 1978, reconoce expresamente este derecho.

De hecho, este aspecto tampoco es una preocupación reciente, sino que los legisladores comparados han efectuado numerosas reformas para ocuparse del problema del

¹²⁴ BORDALÍ, Andrés. 2016. Nuevas herramientas probatorias en el proceso civil chileno. Análisis en un contexto de facilidad probatoria. *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*. 23(1): p.176.

¹²⁵ VAN RHEE, Remco. 2004. *Op. Cit.* p. 1

retraso indebido en la justicia, a veces con y otras sin éxito¹²⁶. Lo que conlleva concluir que el problema del tiempo ha sido y es un problema en la administración de la justicia.

El retardo como factor evaluador de la actividad jurisdiccional, tiene dos dimensiones relevantes. La primera de ellas se refiere a su relación con la corrección de la decisión, dado que es de toda lógica señalar que un pronto desenvolvimiento del procedimiento significará una mayor cercanía a los hechos que fundamentan la acción y una posibilidad mayor de vigencia del material probatorio, en términos de ANDREWS, la demora pone en peligro la precisión de la adjudicación¹²⁷, apareciendo la prueba testimonial como un ejemplo esclarecedor al respecto, en cuanto mayor será el aporte probatorio de un testigo, mientras más cercana sea su comparecencia y, al contrario, más falible será su declaración mientras más alejado temporalmente esté de los hechos sobre los que declara. También, de acuerdo a RIEGO y LILLO, la falta de contacto del juez en el caso de procedimientos escriturados, como el chileno, se ve agravada con la dispersión de trámites y una excesiva duración de los procedimientos¹²⁸.

Independiente de esta primera dimensión, nos avocaremos a la segunda de ellas, que se refiere a la dimensión autónoma del tiempo, en tanto una demora excesiva en la resolución del conflicto puede llegar a tornarse injusta, ya no en función a la aplicación correcta del Derecho o de la disponibilidad de las pruebas, sino porque, aun cuando termina el procedimiento y se obtiene una respuesta, ésta se alcanza tardíamente¹²⁹.

Una perspectiva sistémica del proceso no puede despreciar, o al menos ser indiferente, a la demora de la tutela de los derechos, la que puede traducirse, aun acogiendo la pretensión conforme al derecho sustantivo, en denegación de justicia si lo resuelto se vuelve impracticable o inoportuno, lo que resulta particularmente relevante en caso de litigantes pobres o socialmente vulnerables y en una molestia en litigantes de clase media¹³⁰.

¹²⁶ Ibid. p. 2.

¹²⁷ ANDREWS, Neil. 2019. *Andrews On Civil Processes. 2nd Edition. Intersentia.* p. 710.

¹²⁸ RIEGO, Cristián. LILLO, Ricardo. 2015. Op. Cit. p. 19.

¹²⁹ ZUCKERMAN, Adrian. 1999. Op. Cit. p. 6.

¹³⁰ MACDONALD, Roderick. 2010. *Access to Civil Justice. The Oxford Handbook of Empirical Legal Research.* p. 511.

Cualquiera de estas dimensiones socava la confianza hacia el sistema. Esto se vincula también con el desincentivo que se genera en los potenciales litigantes cuando dejan de optar por recurrir a la justicia por el exceso de tiempo que ella se demora para resolver sus reclamos legítimos¹³¹.

Si bien, VAN RHEE adelanta que el estudio de las causas del retraso indebido de la justicia civil no es un tópico sencillo¹³², señala que se identifican al menos tres grupos de factores que inciden en el retardo en la justicia: (1) factores externos, (2) factores relacionados con los actores de la litigación civil, la organización y presupuestos del tribunal y (3) factores procedimentales¹³³.

El primero de ellos, se refiere a aquellos factores extraprocesales que incidirán en el devenir del flujo de causas, determinada por circunstancias políticas o económicas que aumentarán la litigiosidad en un determinado momento. A modo ejemplar, el autor señala que la transformación del sistema económico de Hungría y Polonia, de una economía planificada de carácter socialista a una de mercado, significó un incremento considerable del retraso judicial por el aumento de litigiosidad¹³⁴.

Respecto a los actores de la litigación, resulta que es relevante la cultura o la actitud que subyace sobre la forma en que se desarrolla el proceso, si las partes entienden el proceso como un enfrentamiento, propiciará el retraso judicial pues ellas entenderán y utilizarán el tiempo de manera táctica. Por ejemplo, es entendible que, bajo esta comprensión, sea una tendencia entre los litigantes “mantener las cartas bajo la mesa” durante un tiempo, en desmedro de su contraria, extendiendo el proceso solo con fines estratégicos¹³⁵. Esta tendencia es evitable cuando la cooperación, la responsabilidad compartida sobre el proceso y el *case management* son incorporados como elementos fundantes del proceso, desplazando la competencia como fundamento del mismo.

¹³¹ ANDREWS, Neil. 2019. Op. Cit. p. 710.

¹³² VAN RHEE, Remco. 2004. Op. Cit. p. 3.

¹³³ Ibid. p. 5.

¹³⁴ Ibid.

¹³⁵ Ibid. p .7.

También influirá la infraestructura judicial y el monto invertido por el Estado en los tribunales, respecto al nivel de carga de trabajo que maneja el aparato judicial. VAN RHEE señala que, en la mayoría de los casos comparados, la inversión pública está lejos de ser la que se requiere¹³⁶.

Finalmente, el autor identifica que, a lo largo del tiempo y observando una variedad de reglas procedimentales, es posible concluir que una última causa del retraso judicial son algunas garantías judiciales. Sin embargo, esto que no quiere decir que sean las normas procedimentales *per se* las que generan retraso judicial, sino su aplicación en la práctica de manera inflexible bajo una comprensión estrictamente formalista del derecho procesal¹³⁷. Se plantea que el sistema adversarial y el rol pasivo del tribunal son identificados como causantes de atraso judicial, pero ello no significa que su eliminación sea la solución al problema, sino que, por el contrario, podría superarse mediante el *case management* o, a grandes rasgos, el incremento de los poderes del tribunal, sin derogar el sistema adversarial¹³⁸. Esto es lo que precisamente nos avocaremos en los capítulos que vienen.

Por su parte, el costo de la decisión judicial también tiene dos principales aspectos. El primero de ellos se refiere a la relación que existe entre la calidad de la decisión, lo que es resultado de un cálculo a nivel sistémico del costo que el Estado incurre para propiciar la litigación como servicio público. ZUCKERMAN señala que la calidad de corrección de la decisión está directamente relacionada, a su vez, con la calidad del diseño del procedimiento, que es maximizada en función de los recursos disponibles para invertir en él¹³⁹. Es decir, independiente de los demás factores que pueden influir en este punto, *ceteris paribus*, a mayor inversión en recursos para el procedimiento, mayor será su contribución a la rectitud de la decisión¹⁴⁰. No nos centraremos en esta dimensión, porque la atribución de mayores recursos públicos para la infraestructura y el mejoramiento en general de las capacidades

¹³⁶ Ibid. p. 9.

¹³⁷ Ibid. p. 11.

¹³⁸ Ibid. p. 12.

¹³⁹ ZUCKERMAN, Adrian. 1999. Op. Cit. p. 7.

¹⁴⁰ Ibid.

materiales de la judicatura no merece mayor discusión, salvo en lo que respecta a su distribución y eficiencia en el uso de los mismos, preocupándonos, por el contrario, la dimensión que veremos en seguida.

El segundo aspecto se refiere al costo del procedimiento individualmente considerado. Una vez las sociedades alcanzan la conclusión de que la actividad jurisdiccional es una obligación estatal, generalmente reconocen este derecho, cuyas implicancias prácticas en el ámbito del acceso a la justicia se encuentran afectadas por distintos factores y métodos para proveer de este acceso¹⁴¹, contemplado, por ejemplo, exenciones de costas y tasas judiciales, gratuidad de ciertos servicios judiciales, etc. Pero, lo anterior no significa que el costo individual de la litigación se limite a considerar el desembolso de los litigantes para proveerse de asesoría jurídica o del pago de estos servicios judiciales esporádicos, sino que también importará en su relación con la problemática de la demora de la justicia.

El autor citado indica que, un costo bajo de litigación se traducirá, a su vez, en mayor litigación y si éste fenómeno no viene de la mano de una mayor inversión en recursos (humanos y económicos), significará un mayor y progresivo retraso¹⁴². Este fenómeno es particularmente relevante en Chile, pues de acuerdo a cifras del Ministerio de Justicia del 2012, citado por RIEGO y LILLO, los ingresos de causas civiles en el periodo 2000-2010 aumentó en un 239%, con una tasa de incremento anual cercano del 13%, circunstancia presente en todas las regiones del país, salvo la Región de Los Ríos¹⁴³, lo que necesariamente de acuerdo a lo señalado, incrementó el retardo en el sistema nacional.

En este punto, podemos observar que, consideraciones de costo y tiempo se conjugan mutuamente, afectando positiva o negativamente la evaluación al sistema judicial en su conjunto. En particular, además, ambos factores impactarán en la vigencia material del derecho al acceso a la justicia de litigantes pobres cuando estos factores concurren simultáneamente, es decir, a mayor demora de la resolución del conflicto de la parte desfavorecida, menor será su mantención en la relación procesal a lo largo del tiempo, por

¹⁴¹ Ibid. p. 9.

¹⁴² Ibid.

¹⁴³ RIEGO, Cristián. LILLO, Ricardo. 2015. Op. Cit. p. 28.

consideraciones económicas, acrecentado en sistemas jurídicos que contemplan la existencia de tasas judiciales. Ignorar las consideraciones procedimentales, que favorecen la demora y la dilación de los procesos, en favor de solo estructurar un proceso abocado al derecho objetivo y resolución de la controversia, significa legitimar la denegación de justicia a gran parte de la población¹⁴⁴. Lo anterior, sin perjuicio a que en ordenamientos como el chileno no se contempla la existencia de tasas judiciales para la litigación, caracterizándose por ser un sistema de justicia de acceso libre, pues nos estamos refiriendo en este contexto a las trabas procedimentales que incentivan una mayor duración de la resolución de las controversias, más que las consideraciones directas de acceso al sistema.

En otras palabras, la congestión y la dilación de la oportunidad de la tutela judicial se traducirá en un costo directo, que es considerado por las partes al momento de decidir recurrir a la justicia, dado que estos costos están representados como costos de oportunidad por el tiempo de espera y de activos inmovilizados producto de la demora o del desembolso económico que significará esta inmovilidad¹⁴⁵. Este punto es señalado por BERIZONCE de la siguiente forma: “El modo de cómo en el proceso civil se distribuía la carga del tiempo entre las partes, significaba un costo que debía ser soportado por quienes demandaban la tutela jurisdiccional, lo que venía a reforzar una lógica de poder”¹⁴⁶.

Frente a lo anterior, sin duda compartimos el planteamiento que señala que los problemas de tiempo y costos debilitan al sistema de justicia y socavan su credibilidad frente a la ciudadanía¹⁴⁷, con independencia de si la decisión se conforma a derecho, resultando relevante, entonces, si el Estado se hace cargo de este cariz del acceso a la justicia. Si la litigación resulta costosa y la resolución de la controversia es retardada, el derecho entonces no será efectivo y la autotutela o la injusticia podrá volverse la regla¹⁴⁸. De acuerdo a ANDREWS, un reporte del Gobierno inglés en 1998 indicó que la exclusión social se verá

¹⁴⁴ ZUCKERMAN, Adrian. 2009. *Litigation Management under the CPR: A poorly-used management infrastructure*. En: DWYER, Déirdre. *The Civil Procedure Rules Ten Years On*. Oxford University Press. p. 99.

¹⁴⁵ MERY, Rafael. 2006. Op. Cit. p. 122.

¹⁴⁶ BERIZONCE, Roberto. 2019. Op. Cit. p. 480.

¹⁴⁷ GARCÍA, Ramón. 2020. Op. Cit. p. 197.

¹⁴⁸ JOLOWICZ, John. 2000. Op. Cit. p. 71.

incrementada y el Estado de Derecho amenazado si las personas de menores recursos se ven excluidas del sistema de justicia¹⁴⁹, ya sea por consideraciones de costos u otras barreras de entrada. Una mirada tridimensional del proceso es una forma de resolver esta preocupación, ya que, al superar la mirada del caso individual, considerará el funcionamiento del sistema como un todo integrado y ocupándose de la necesidad de racionalizar el acceso a la justicia individual en función del interés colectivo¹⁵⁰, dada la función pública que significa la jurisdicción.

1.2.2. Una alternativa para la justicia civil

La comprensión privatista del proceso circunscribió un concepto amplio del principio dispositivo en la iniciación, impulso y terminación del procedimiento, por lo que las partes, particularmente el demandante, se encontró en la posición de controlar la naturaleza y velocidad del juicio¹⁵¹, como veremos más adelante en *infra*¹⁵², generalmente afectando de manera negativa al litigante más débil.

Este entendimiento tradicional fue criticado en los ordenamientos comparados desde la denominada vertiente doctrinal publicista, a propósito de las deficiencias que mostró el modelo liberal clásico de litigación civil, e impulsó una reconfiguración de las facultades de las partes y del juez¹⁵³, posicionando el fortalecimiento de la figura de este último de una manera activa como una alternativa al antagonismo entre las manifestaciones extremas del principio dispositivo vigente y el de oficialidad. El juez, en su posición institucional, se encuentra posibilitado, según esta postura, para propiciar un equilibrio necesario entre la búsqueda de la solución al caso particular y una mayor eficiencia del proceso¹⁵⁴, atendiendo una racionalización de los recursos del sistema, dentro de plazos razonables.

¹⁴⁹ ANDREWS, Neil. 2019. Op. Cit. p. 696.

¹⁵⁰ GARCÍA, Ramón. 2020. Op. Cit. pp. 221-222.

¹⁵¹ GARCÍA, Ramón. 2020. Op. Cit. pp. 108-109.

¹⁵² Véase en: “2.1.1. Principio dispositivo”

¹⁵³ GARCÍA, Ramón. 2020. Op. Cit. p. 109.

¹⁵⁴ AGUIRREZABAL, Maite. PÉREZ-RAGONE, Álvaro. 2018. Op. Cit. p. 301.

Esta preocupación no es nueva, ya que el primer antecedente directo de esta nueva concepción es la reforma procesal austriaca de KLEIN a fines del siglo XIX, que significó la superación de un modelo de proceso caracterizado por un excesivo formalismo y un juez sin poderes e irrelevante en la averiguación de la verdad¹⁵⁵.

El nuevo modelo procesal austriaco partió del supuesto de establecer procedimientos comprensibles y que minimizaran los costos de recursos humanos y materiales del Estado, a través de un proceso mirado desde la óptica de su función social (*sozialfunktion*), lo que significó dejar de percibir el proceso como un asunto exclusivo de las partes, importándole también al resto de la sociedad¹⁵⁶, aun cuando esté siendo utilizado por privados, dado que dicha posición entiende que el proceso es un “mal” no solo en el sentido económico, al existir una disposición de recursos estatales, sino también porque la comunidad debe hacerse cargo de las externalidades negativas que derivan de los conflictos *inter partes*¹⁵⁷. La tarea de KLEIN era la creación de una regulación procesal que indujera a una rápida y barata litigación dándole al juez un rol activo en la conducción del mismo¹⁵⁸, dado que se requería de un desarrollo óptimo, por el estancamiento de la circulación de los bienes, siendo el enfrentamiento entre las partes un factor inconveniente para el devenir del sistema. Para TARUFFO, este planteamiento austriaco es una ruptura brusca con la tradición liberal europea, transformándose en un “manifiesto” para una nueva tendencia en el derecho procesal¹⁵⁹.

Una aproximación reciente de las facultades oficiosas del juez es la reforma procesal inglesa, que estableció las *Civil Procedure Rules* (CPR) en 1999, la que sin perjuicio abordaremos con detalle más adelante, mencionaremos que la conclusión alcanzada por Lord WOOLF, respecto a los inconvenientes que sufrió el proceso inglés, es que éstos se originaron fundamentalmente en la exacerbada “cultura adversarial”, por lo que una de las soluciones

¹⁵⁵ 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 de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. XLII. pp. 527-529.

¹⁵⁶ VAN RHEE, Remco. 2011. Op. Cit. p. 26.

¹⁵⁷ TAPIA, Claudio. 2010. Garantismo procesal: Un debate ausente y una advertencia clara. *Revista Chile de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. 1(2): p. 238.

¹⁵⁸ VAN RHEE, Remco. 2008. *The development of civil procedural law in twentieth century Europe: From party autonomy to judicial case management and efficiency*. En: *Judicial Case Management and Efficiency in Civil Litigation*. Amberes. Intersentia (70): p. 12.

¹⁵⁹ TARUFFO, Michele. 2009. Op. Cit. p. 157.

alcanzadas en las CPR es, entre otras, el *case management*, que consiste precisamente en la gestión balanceada de los casos de parte de los jueces para alcanzar el equilibrio entre la complejidad del caso y los recursos disponibles¹⁶⁰, la que abordaremos con mayor profundidad en el último capítulo¹⁶¹.

VAN RHEE afirma que las CPR inglesas podrían ser vistas como una culminación del desarrollo promovido por el código austriaco, dando un paso del procedimiento inglés adversarial, a un tipo de litigio distinto, a través de la cooperación de las partes y la dirección judicial¹⁶², acercando el *common law* a los modelos continentales, eliminando o atenuando una de las mayores diferencias entre ambos lados del Canal de la Mancha, consistentes en la pasividad de los jueces ingleses¹⁶³. JOLOWICZ acertadamente indica que el modelo adversarial no desaparecerá por completo, porque pese a sus deficiencias prácticas tiene virtudes relevantes, pero ello no significará que por sí solo su preminencia se justifique, sino que se requiere de un balance entre tendencias adversariales como inquisitivas, lo que se refleja en un balance entre la división de labores entre las partes y el juez¹⁶⁴. En la misma línea, ANDREWS señala que el *case management* que implementa las CPR no ha derogado el principio fundamental según el cual son las partes las que determinan el alcance de su controversia civil¹⁶⁵.

Es importante hacer notar que la superación del paradigma tradicional de concebir al juez bajo un estado pasivo, permitiéndole un rol cercano y activo frente al conflicto, con independencia del alcance más o menos extendido de estas facultades, le permitirá al juez conjugar funciones diversas, más allá de la mera resolución de la controversia, como son la consecución de la verdad en el proceso y la eficiencia en la decisión, como veremos en el siguiente capítulo¹⁶⁶. JOLOWICZ indica que, si bien, es razonable afirmar que el interés de las partes en la resolución de su disputa es primordial al analizar el caso particular, no es menos

¹⁶⁰ VAN RHEE, Remco. 2008. Op. Cit. p. 17.

¹⁶¹ Véase en: “3.2.2.1. Análisis de las facultades oficiosas del juez civil inglés”.

¹⁶² VAN RHEE, Remco. 2011. Op. Cit. p. 38.

¹⁶³ VAN RHEE, Remco. 2008. Op. Cit. p. 20.

¹⁶⁴ JOLOWICZ, John. 2000. Op. Cit. p. 182.

¹⁶⁵ ANDREWS, Neil. 2019. Op. Cit. p. 17.

¹⁶⁶ Véase en: “2.2. Facultades oficiosas del juez: Tipos de clasificación de las facultades del juez en lo civil”.

cierto que, desde el punto de vista del proceso como un todo, debe reconocérsele al menos otros fines¹⁶⁷, igual de relevantes. En suma, la superación de la comprensión únicamente privatista del proceso, significará, comprender la figura del juez de una manera distinta, permitiéndole un mayor margen de acción atendiendo otros criterios, además de la mera corrección de la resolución del asunto.

En esta línea, la superación de esta comprensión viene de la mano con el apareamiento y fortalecimiento de la función pública del proceso civil, la que, según ZUCKERMAN, se explica en cuanto la adjudicación civil provee de *law enforcement*, que es esencialmente una labor pública, que trasciende el interés privado de las partes, proveyendo a los ciudadanos de soluciones o remedios frente a la vulneración de derechos subjetivos, con independencia de la naturaleza privada de ellos¹⁶⁸. Este fenómeno es reafirmado con la irrupción de la denominada “época de garantías” a través de la constitucionalización de garantías procesales, en países como España o la influencia que ejercen las convenciones internacionales de derechos humanos que contienen derechos procesales, construyendo un compromiso estatal en instrumentalizar el proceso civil para el acceso a una justicia sin demoras y bajo costos razonables, para satisfacer adecuadamente la necesidad tutelar de los ciudadanos¹⁶⁹. Este proceso de finales del siglo XX origina nuevas responsabilidades estatales que refleja un compromiso real a darle operatividad a los nuevos derechos consagrados¹⁷⁰, que, a diferencia del siglo XIX, requieren de una acción positiva y concreta del Estado, provocando que la visión tradicional, en la que importa la resolución del conflicto a cualquier precio, pierde vigencia. Esto significa que, las crisis endémicas que en muchos países¹⁷¹ padece la justicia civil en cuanto a la demora e ineficiencia de la justicia civil, no solo se torna intolerable como un síntoma del mal funcionamiento del sistema procesal, sino también constituye una continua y sistemática violación de uno de los derechos fundamentales que el Estado moderno ha adquirido en su cariz procesal¹⁷².

¹⁶⁷ JOLOWICZ, John. 2000. Op. cit. p. 71.

¹⁶⁸ ZUCKERMAN, Adrian. 2009. Op. Cit. pp. 90-91.

¹⁶⁹ BERIZONCE, Roberto. 2019. Op. Cit. p. 472.

¹⁷⁰ Ibid. p. 476.

¹⁷¹ Sobre este punto, Italia ya ha sido condenada por la Corte Europea de Derechos Humanos de Estrasburgo a resarcir los daños por la imputable tardanza de la justicia, de acuerdo a TARUFFO. Véase: TARUFFO, Michele. 2009. Op. Cit. p. 169.

¹⁷² TARUFFO, Michele. 2009. Op. Cit. p. 166.

En el siguiente capítulo abordaremos los principios que impregnan al proceso civil, tanto el principio dispositivo como el de oficialidad y, a través de la discusión doctrinal que se origina con la posibilidad cierta de inclusión de facultades de oficio del tribunal, concluiremos su total compatibilidad con un modelo democrático y moderno de proceso civil, como una herramienta más al servicio de hacer frente a los desafíos modernos de la litigación de nuestro siglo.

2. CAPITULO II: Definiendo las facultades del juez en el proceso civil.

Hasta dónde llegan los jueces

2.1. Principios rectores del proceso civil: Dispositivo y de oficialidad. Alcance e interpretaciones

Referirse a los principios del proceso es una forma de estudiar el procedimiento que permite ir más allá de la mera descripción de los trámites y etapas procesales que lo caracterizan, identificando que detrás del conjunto de normas yacen ideas que se infieren de la propia ley con repercusiones prácticas y que se manifiestan como herramientas auxiliares en la interpretación de las instituciones para su mayor comprensión¹⁷³. Los principios procesales son ideas o criterios que configuran sustancialmente las instituciones esenciales de la función jurisdiccional¹⁷⁴, los que han sido, en algunas legislaciones, constitucionalizados, adquiriendo una doble relevancia; además de la labor interpretativa, asumen un papel sustantivo y de aplicación directa en el caso concreto.

Los principios también son el reflejo del pensamiento de quien legisla, dada la estrecha relación existente entre el papel que cumple la política en la construcción del procedimiento mismo, como también de sus objetivos. En lo que respecta a la justicia civil, de acuerdo a HUNTER, “el papel de la judicatura está francamente condicionado por el carácter eminentemente privado del objeto de la tutela”¹⁷⁵, lo que importará especial relevancia en el estudio de los principios fundantes del proceso.

A continuación, en esta sección nos referiremos a dos principios, los que a primera y simple vista podrían entenderse como contrapuestos, pero que, a nuestro entender y como se encuentran recogidos en algunos sistemas jurídicos, son erigidos con funciones y objetivos

¹⁷³ MONTERO, Juan. 2016. El Proceso Civil. Los procesos ordinarios de declaración y de ejecución. Valencia. 2º Edición. Tirant lo Blanch. p. 101.

¹⁷⁴ DE LA OLIVA, Andrés. 2012. Prudencia *versus* Ideología: De nuevo sobre el papel del juez en el proceso civil. Revista Ius et Praxis. Universidad de Talca. (18):2. p. 245.

¹⁷⁵ HUNTER, Iván. 2011. Rol y poderes del juez civil: Una mirada desde la eficiencia del proceso. Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte. (18)2: p. 77.

distintos y complementarios del proceso. Nos referimos a los principios dispositivo y de oficialidad. Revisaremos también que existe una relación inicial y, actualmente aparente, entre un sistema procesal “liberal” y la vigencia (y preminencia) del principio dispositivo, lo que no excluye *a priori*, necesariamente, la incorporación de actividad oficiosa.

2.1.1. Principio dispositivo

En la doctrina se afirma que el proceso civil está estructurado a partir del principio dispositivo, esto es, que se les confía a las partes el inicio del juicio como la aportación de los hechos y las pruebas que han de sostener la decisión del juez¹⁷⁶, en atención a la naturaleza privada del asunto discutido.

Además de atender la naturaleza del asunto debatido, también importará la lógica que subyace detrás del principio dispositivo. CALAMANDREI enfoca la atención en la justificación de su implementación, es decir, cuando la relación jurídica controvertida puede ser resuelta por la voluntad de las partes antes y durante el proceso, entonces es de toda lógica que sean las mismas partes las encargadas de señalar los límites del debate como la selección de los hechos y los medios de prueba¹⁷⁷, lo que no ocurre con los asuntos en que las partes no tienen absoluta libertad para acordar extrajudicialmente lo debatido, debiendo incorporar imperativamente la participación de un tercero. Lo relevante de esta reflexión es que supera la mera relación entre principio dispositivo y relaciones sujetas al derecho privado, yendo un paso más allá, observando la lógica interna de su vigencia, admitiendo que, dentro del derecho civil, podrán existir relaciones exentas o con importante morigeración de su disponibilidad.

Se afirma que hay dos manifestaciones del principio dispositivo; primero, en sentido estricto se refiere a la disponibilidad sobre el objeto del juicio, es decir las partes escogen el devenir de la pretensión y el cauce procesal para la tutela del derecho, en particular, nos

¹⁷⁶ PALACIO, Lino. 2003. Manual de Derecho Procesal Civil. 17° Edición. Buenos Aires. LexisNexis Abeldo Perrot. p. 63.

¹⁷⁷ CALAMANDREI, Piero. 1961. Estudios sobre el proceso civil. Editorial Bibliográfica Argentina. p. 230.

estamos refiriendo al inicio del procedimiento a instancia de parte y al impulso procesal. Por otro lado, una segunda noción, se refiere a la función de las partes sobre la aportación de los hechos y los elementos de prueba¹⁷⁸, las que sustentarán la decisión del juzgador.

La primera noción del principio dispositivo apunta a la definición del objeto del proceso, que las partes son soberanas para darle inicio al mismo y abrir las sucesivas etapas y, *a contrario sensu*, incluye darle término mediante los medios procesales disponibles para tales efectos.¹⁷⁹ PALACIO se refiere a este último aspecto como la disponibilidad del derecho material, en cuanto el órgano judicial se encuentra vinculado a la voluntad de las partes para la modificación o extinción del derecho en el que se funda su pretensión¹⁸⁰, no pudiendo innovar al respecto. Tanto en el derecho comparado, como en el derecho chileno, las instituciones que permiten esta disponibilidad material se encuentran reguladas en los códigos del ramo con sus respectivos requisitos.

La segunda noción del principio dispositivo, por otro lado, se refiere a que corresponde a las partes la determinación del objeto del proceso y la causa de pedir, es decir, los hechos con trascendencia jurídica han de ser aportados por el demandante, como aquellos que fundan la resistencia del demandado, sin que al juez le corresponda introducir al proceso hecho distinto¹⁸¹. Es por la limitación material al conocimiento de los hechos, que el juez no conocerá más de aquellos proporcionados por las partes¹⁸², lo que implicará que les corresponde a ellas la aportación de los medios de prueba y le estará vedado fundar su decisión en hechos atinentes al caso, si es que estos no han sido aportados por los intervinientes.

Que el juez contravenga lo anterior, de acuerdo a MONTERO, atentaría contra la esencia de su papel, volviéndose una parte más, adquiriendo funciones incompatibles en el

¹⁷⁸ CASTILLEJO, Raquel. 2017. Op. Cit. p. 27.

¹⁷⁹ Ibid. pp. 27-28.

¹⁸⁰ PALACIO, Lino. 2003. Op. Cit. p. 64.

¹⁸¹ MONTERO, Juan. 2019. Los principios del proceso civil. En: GÓMEZ, Juan Luis *et al.* Derecho Jurisdiccional I Parte General. 27° Edición. Valencia. Tirant lo Blanch. pp. 266-267.

¹⁸² COUTURE, Eduardo. 1948. Estudios de Derecho Procesal Civil. Tomo I. Buenos Aires. Ediar S.A. Editores. p. 313.

proceso¹⁸³. Este razonamiento pone el énfasis del fundamento del principio de aportación en la imparcialidad del juez frente al conflicto. Sin embargo, este punto no es pacífico en la doctrina, cuestión que abordaremos más adelante¹⁸⁴.

Respecto a las facultades de disposición de las partes, en virtud del principio dispositivo, éstas delimitan el objeto del proceso, cumpliendo la función de vincular al juez y sus eventuales decisiones a un objeto determinado¹⁸⁵, lo que se relaciona directamente con el denominado principio de congruencia de la sentencia definitiva, que consiste en la verificación de la correspondencia entre lo discutido por las partes y lo dispositivo de la sentencia, fijando el alcance y contenido de ésta por la pretensión del actor y la oposición del demandado¹⁸⁶, fundando la tutela judicial solamente a lo formulado por las partes. La congruencia constituye, a su vez, una garantía esencial en la defensa de las partes, pues evita sorprender a los litigantes con decisiones que se aparten de lo materialmente aportado por ellas¹⁸⁷, la Excma. Corte Suprema de Chile, en sentencia del 26 de noviembre del 2020, señala lo siguiente respecto a la función cautelar del principio de congruencia:

*“TERCERO: Que el principio procesal a que se ha venido haciendo mención - congruencia- tiende a frenar cualquier eventual exceso de la autoridad de oficio, otorgando garantía de seguridad y certeza a las partes.”*¹⁸⁸

En caso de que las partes vean vulnerado este principio, ellas están legitimadas para impugnar la resolución judicial en cuestión. En el derecho chileno, al respecto se contienen las causales de incongruencia por *ultra petita*, consistente en otorgar más de lo pedido por las partes y extendiendo el fallo a puntos no sometidos a su decisión (artículo 768 N°4 CPC) *infra o citra petita*, que se produce cuando el fallo omite resolver alguna cuestión planteada,

¹⁸³ MONTERO, Juan. 2019. Op. Cit. p. 267.

¹⁸⁴ Véase en: “2.3. Voces críticas de las facultades oficiosas”.

¹⁸⁵ CASTILLEJO, Raquel. 2017. Op. Cit. p. 36.

¹⁸⁶ ROMERO, Alejandro. 2015. Curso de Derecho Procesal Civil Tomo III. Santiago. Thomson Reuters. p. 41.

¹⁸⁷ SIMÓN, Luis. 2011. Aplicación de los principios dispositivo e inquisitivo en los modernos procesos civiles por audiencias. En: PEREIRA, Santiago. (Coord.) Modernización de la Justicia Civil. Montevideo, Universidad de Montevideo. p. 358.

¹⁸⁸ Resolución Corte Suprema de Chile de fecha 26 de noviembre del 2020. Rol N°44.079-2020. Considerando Tercero.

por omisión del asunto controvertido, que se configura cuando no se resuelven las acciones o excepciones de las partes y por decisiones contradictorias en la parte resolutive de la sentencia.

La Excm. Corte Suprema nacional, con fecha 6 de septiembre del 2019, se ha pronunciado sobre la vinculación del principio de congruencia y el dispositivo:

“CUARTO: Que, para el primer capítulo de casación, es necesario reiterar que entre los principios rectores del proceso figura el de la congruencia, que se refiere a la conformidad que ha de existir entre la sentencia expedida por el órgano jurisdiccional y las pretensiones que las partes han expuesto oportuna y formalmente en sus escritos fundamentales, que guarda estrecha vinculación con otro principio formativo del proceso: el dispositivo, que implica que el juez debe limitar su pronunciamiento tan solo a lo que ha sido pedido por aquellas.”¹⁸⁹

La relación entre ambos principios importará en tanto el dispositivo impondrá la regla que son las partes, las que exclusivamente definirán el *tema decidendum*, limitando aquello que deberá fallar el tribunal en la etapa procesal correspondiente.

2.1.2. Principio de oficialidad

El principio de oficialidad o inquisitivo consiste en el criterio según el cual, en virtud del interés público predominante en una determinada materia, el objeto, los actos procesales y el desarrollo mismo del proceso hasta la dictación de la sentencia giran en torno al objetivo de tutelar ese interés público¹⁹⁰. En otras palabras, respecto de la figura del juez, además de la atribución de facultades de oficio, el proceso trae consigo un interés ajeno al de las partes que lo originan, el que es adquirido por el Estado para su resolución, imponiendo tanto su

¹⁸⁹ Resolución Corte Suprema de Chile de fecha 6 de septiembre de 2019. Rol N°11.411-2019. Considerando Cuarto.

¹⁹⁰ DE LA OLIVA, Andrés. 2012. Op. Cit. p. 248.

iniciación como su término, incorporando instituciones que abarquen y hagan posible la protección de este interés público a lo largo del procedimiento.

A modo de prevención, JOLOWICZ señala que, a diferencia del procedimiento inquisitivo, es más sencillo caracterizar un sistema puramente adversarial o dispositivo, en el que se espera que el juez se limite a escuchar a los litigantes, dado que la única situación en la que nos encontraríamos frente a un verdadero juez inquisitivo en lo civil, sería el equivalente judicial al ejemplo del policía que llega al sitio del altercado y pronuncia la fórmula: “¿Qué es lo que sucede aquí?”, lo que no ocurre con el juez inquisitivo real, en tanto, al menos, se requerirá que alguna de las partes acuda a él¹⁹¹. Es por esta dificultad, además de la definición precedentemente señalada, que para alcanzar una adecuada caracterización del principio de oficialidad o inquisitivo, recurriremos a diferenciarlo con el dispositivo o adversarial y, posteriormente revisaremos sus principales manifestaciones.

Si bien, la diferenciación como método descriptivo es limitado, sí es útil para explicar las principales características del principio de oficialidad y, en ese sentido, JACOB señala que en este tipo de procedimientos, el tribunal cumple un rol activo e intervencionista, junto a una participación disminuida y de carácter auxiliar de parte de los litigantes en favor del juez¹⁹². Esta estructura se justifica en función del carácter de derecho público de la relación procesal¹⁹³.

Sin perjuicio de lo anterior, no podemos limitarnos en distinguir entre los sistemas dispositivos o adversariales con estos sistemas en función de la mera distinción entre relaciones de derecho privado por un lado y de derecho público por el otro, es decir, no puede reducirse la categorización en virtud de la naturaleza jurídica de la relación controvertida entre las partes ni si actúa en ésta el Estado como litigante o no, dado que, incluso cuando éste interviene como tal o da aplicación al derecho público, esto no es suficiente para alterar normas procedimentales ordinarias. Lo relevante, en cambio, apunta a la decisión que

¹⁹¹ JOLOWICZ, John. 2003. *Adversarial and Inquisitorial Models of Civil Procedure. International and Comparative Law Quarterly*. 52(2): p. 281.

¹⁹² JACOB, Jack. 1987. Op. Cit. p. 7.

¹⁹³ Ibid. p. 8

necesita ser tomada, es decir que, respecto de esta no sea socialmente útil que quede a completa disponibilidad de los particulares¹⁹⁴, reservado el Estado para sí, un margen de intervención, pero ya no en su calidad de litigante, sino como garante del servicio público de la jurisdicción.

Las manifestaciones del principio de oficialidad son variadas; respecto al inicio del procedimiento, el interés público cuya satisfacción es el objetivo del proceso, exige que éste comience siempre que aparezca el interés y no únicamente por decisión de la parte involucrada, encomendándole su iniciación mediante una decisión reglada de un órgano estatal correspondiente. Igualmente, bajo esta misma idea, tampoco podrá la parte interesada disponer del proceso de manera libre mediante el desistimiento u otras instituciones análogas¹⁹⁵, ya que su interés particular comparte prioridad con el interés público que justifica la intervención estatal. Un procedimiento que contenga estas manifestaciones es uno que se estructurará en función del derecho sustantivo y pretenderá un aumento de probabilidad o de maximización de esta posibilidad, para alcanzar un resultado sustantivamente certero,¹⁹⁶ denotando un carácter extremadamente instrumental de las instituciones procesales.

También se manifiesta en la iniciativa del tribunal respecto a la aportación de los hechos y la proposición de las pruebas, siendo éste quien tome la investigación por su cuenta o, al menos, acuerda actuaciones de oficio¹⁹⁷, implicando que el juez no solo abarcará su función en la aplicación del derecho, sino también en la delimitación material de la causa. Contempla también poderes que hagan expedita la actividad jurisdiccional, otorgando impulso de oficio, desplazando a las partes de este rol.

Las descripciones antes realizadas, nos recuerdan la conceptualización de DAMASKA del opuesto del estado reactivo, denominado estado activista, el que se considera como el

¹⁹⁴ ELBERG, Mario. 1963. El principio inquisitivo en el proceso civil chileno. Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Santiago. Editorial Universitaria S.A. p. 26.

¹⁹⁵ DE LA OLIVA, Andrés. 2012. Op. Cit. pp. 248-249.

¹⁹⁶ DAMASKA, Mirjan 2000. Op. Cit. p. 255.

¹⁹⁷ DE LA OLVIDA, Andrés. 2012. Op, Cit. p. 249.

gestor de objetivos comunes¹⁹⁸. La justificación detrás de este comportamiento estatal es que este tipo de organización considera que los intereses ajenos al Estado pueden debilitar el compromiso comunitario con los objetivos comunes y socavar la confianza en sus acciones, catalogando como sospechosas o indeseables las acciones y proyectos individuales¹⁹⁹. Traducido lo anterior a la administración de justicia, podemos observar las semejanzas con los criterios del principio inquisitivo, en cuanto, el proceso activista es independiente de la resolución de disputas, siendo ésta no más que un evento originario para el progreso posterior del procedimiento²⁰⁰, pues el real objetivo de éste es la aplicación del derecho sustantivo en el contexto determinado para ser reafirmado, en favor de los intereses estatales²⁰¹.

El Código de Procedimiento Civil chileno, si bien mayoritariamente se considera un cuerpo normativo que garantiza la vigencia del principio dispositivo tradicional, incorpora instituciones inquisitivas útiles para analizar a modo ejemplar. Nos referimos a las medidas para mejor resolver, las que, de acuerdo a la Excma. Corte Suprema materializan el principio inquisitivo en el ámbito del procedimiento civil en nuestro país:

*“SEXTO (...) consagrando la primera de ellas, un caso que encarna el principio inquisitivo en la vía civil, por la vía de las medidas para mejor resolver, conforme a las cuales, el juez de la causa se encuentra habilitado para ordenar diligencias esclarecedoras o complementarias de la prueba rendida por los contendientes (...)”*²⁰²

Esta institución es inquisitiva porque permite que el juez de la causa disponga de pruebas que esclarezcan los hechos afirmados por las partes, expresando el interés estatal de alcanzar la verdad de los hechos debatidos, más allá de la prueba rendida por ellas, autorizando expresamente no limitar su conocimiento al material probatorio dispuesto, que vendría a servir de límite en los procedimientos dispositivos. Respecto a la utilización de esta

¹⁹⁸ DAMASKA, Mirjan. 2000. Op. Cit. p. 142.

¹⁹⁹ Ibid. p. 141.

²⁰⁰ Ibid. p. 150.

²⁰¹ Ibid. p. 152.

²⁰² Resolución Corte Suprema de Chile de fecha 1 de agosto de 2011. Rol N°8.242-2009. Considerando Sexto.

herramienta en Chile, nos remitimos a lo señalado por HUNTER en *supra*²⁰³. Ahora bien, las medidas para mejor resolver tienen como objeto la fijación de la premisa fáctica, es decir, son diligencias probatorias de oficio que se refieren a la probanza de los hechos del conflicto para una justa decisión, pero en ningún caso delimitan el objeto del proceso, como sí sería la posibilidad de decretar de oficio la nulidad absoluta, de acuerdo al artículo 1683 del Código Civil, cuando ella apareciera de manifiesto en el acto o contrato, aun cuando no se refiera estrictamente al asunto que las partes han sometido a conocimiento del tribunal.

2.1.3. Principio dispositivo como predominante en el proceso civil chileno

En Chile, la conceptualización que merecen ambos principios, de parte de la jurisprudencia, se vincula con las aproximaciones antes descritas. La Excma. Corte Suprema define el principio dispositivo e inquisitivo en el proceso civil, a propósito del impulso procesal de parte y de oficio, respectivamente, de la siguiente forma:

*“De acuerdo con el primero de estos criterios, las partes tienen el pleno dominio de los derechos materiales y procesales involucrados en la causa y la libertad de ejercerlo o no, determinando, en su caso, el contenido y límite de aquellos que someten a debate en el pleito al tiempo que asumen la carga de propulsar la marcha del proceso y de suministrar las pruebas sobre cuya base el tribunal ha de dirimir el conflicto. El principio inquisitivo, en cambio, partiendo de la premisa que en la relación procesal se encuentra comprometida una finalidad social o de orden público que prevalece sobre el interés particular de los litigantes, (...) le asigna en su conducción un protagonismo exclusivo al juez, facultándolo para iniciarlo de oficio, fijar el contenido del asunto litigioso, impulsar su tramitación y disponer la agregación de las pruebas destinadas a alcanzar la verdad real (...)”*²⁰⁴

De acuerdo a la definición que expone la Excma. Corte Suprema, es dable concluir que la jurisprudencia chilena hace suya las aproximaciones doctrinales antes mencionadas y,

²⁰³ Véase en: “1.1.3. Expresión y expansión del proceso civil liberal”

²⁰⁴ Resolución Corte Suprema de Chile de fecha 27 de octubre 2016. Rol N°38.324-2016. Considerando Sexto.

conforme a la descripción que efectúa respecto al principio dispositivo y su relación con el impulso procesal, en tanto son las partes quienes asumen la carga de llevar adelante el conflicto, el principio de pasividad de los tribunales consagrado en el artículo 10 del Código Orgánico de Tribunales, consagra la primacía del principio dispositivo como regla general del proceso civil en esta materia. Lo anterior es plenamente coherente con el origen histórico del legislador procesal civil, inspirado en el espíritu liberal y codificador de los siglos XVIII y XIX, revisado latamente en *supra*²⁰⁵.

Esta concepción significó que el rol estatal en el conflicto entre las partes se vio reducido a una especie de “observador” de la disputa, cuya única función relevante es alcanzar una sentencia judicial correcta conforme a Derecho, pero respecto a las dinámicas previas del proceso, el protagonismo es dominado por los litigantes en función de esta idea de propiedad sobre el derecho subjetivo.

2.2. Facultades officiosas del juez: Tipos de clasificación de las facultades del juez en lo civil

Para abordar los alcances de las facultades officiosas del juez en diferentes ordenamientos jurídicos, como también, revisar las críticas que para la doctrina merece, primero deberemos definir qué tipos de facultades existen y dentro de qué categoría se encuentra cada una de ellas.

Los ordenamientos jurídicos revisten al juez y a las partes de diversos tipos de potestades, las que no son coincidentes entre sí respecto a sus funciones, contenido y nivel de intervención dentro del proceso, siendo necesaria su distinción teórica.

Algunas de estas potestades pueden influir en mayor o menor medida en el devenir del procedimiento, ya sea en cuanto al contenido mismo de la sentencia o en el desarrollo del proceso en cuanto instrumento de tutela²⁰⁶. La consagración de estas facultades dependerá de

²⁰⁵ Véase en: “1.1.3. Expresión y expansión del proceso civil liberal”.

²⁰⁶ HUNTER, Iván. 2020. Op. Cit. p. 156.

una decisión de carácter político respecto a la función que debe cumplir el proceso²⁰⁷, es decir, en la medida que se conciba al proceso con una función que vaya más allá de la resolución del conflicto suscitado entre las partes, estará más justificado sistémicamente, otorgarle mayores potestades al juez y, al contrario, al limitar el proceso a la mera solución de controversias, la lógica del ordenamiento jurídico será más reticente al respecto y podrá contemplarlas de manera taxativa o simplemente no contemplarlas.

Tradicionalmente, se distingue entre facultades procesales de dirección formal y facultades procesales materiales, en atención a la influencia que tiene cada una de ellas respecto a la decisión sobre el fondo. Por un lado, las facultades procesales de dirección se refieren aquellas que observan el desenvolvimiento del procedimiento, haciendo posible la dictación de la sentencia y, por otro, las facultades materiales, que apuntan a darle contenido a la misma, influyendo en el contenido de la *litis*.

2.2.1. Facultades procesales de dirección formal

La dirección formal adquiere dos dimensiones; la primera de ellas, el control de la regularidad o legalidad de los actos procesales y, la segunda, el impulso o dirección propiamente tal, para que el proceso avance de una etapa a otra. Tanto el impulso como la regulación de la legalidad del proceso no afectan los derechos e intereses privados que conforman el *tema decidendi*, sino que miran el correcto y pronto desenvolvimiento de la tutela jurisdiccional²⁰⁸. La dirección del proceso tiene como finalidad impedir la lentitud del procedimiento o que éste se desenvuelva inútilmente frente a una deficiencia de carácter formal y, de esta forma, garantizar un uso eficiente de los recursos del tribunal.

2.2.1.1. Regulación de los presupuestos y requisitos de los actos procesales

La diferencia entre presupuesto y requisito procesal radica en que el primero de ellos se refiere a todo el proceso y su falta implicará la invalidez de todo lo actuado, ya que apunta

²⁰⁷ Ibid.

²⁰⁸ HUNTER, Iván. 2020. Op. Cit. pp. 222-223.

a las condiciones necesarias para que se dicte legal y adecuadamente la sentencia sobre el fondo del asunto, mientras que el segundo, se refiere al acto procesal en concreto y su incumplimiento solamente acarreará la invalidez de ese acto puntual²⁰⁹.

COUTURE señala que los presupuestos en términos generales “son circunstancias anteriores a la decisión del juez sin las cuales éste no puede acoger la demanda o la defensa”²¹⁰, dado que el órgano jurisdiccional no está autorizado para atribuirse competencia que no le corresponde ni permitir que las partes se doten a sí mismas de capacidad que la ley les ha privado. Frente a un proceso nulo, el juez queda exento de dictar sentencia sobre el mérito del asunto, limitándose a señalar el vicio formal, que le impide examinar la discusión²¹¹.

Por su parte, MONTERO distingue entre verdaderos presupuestos, que son aquellos que el ordenamiento jurídico establece que deben ser controlados de oficio por el tribunal y los simples impedimentos, que deben ser alegados por las partes primero para que recién sea conocido por el tribunal, pese a que ambos determinarán la validez del proceso completo²¹². Una concepción tradicional del proceso civil establecerá como regla general de los presupuestos procesales a los simples impedimentos y solo excepcionalmente los verdaderos presupuestos, en atención a mantener al órgano jurisdiccional dentro de un estado pasivo y designar a su vez a los particulares como los indicados para el control de la legalidad. En todo caso, que un ordenamiento jurídico se establezcan más presupuestos que impedimentos, o viceversa, dependerá de cómo este ordenamiento ha repartido las facultades entre el juez y las partes²¹³.

Independiente de la distinción doctrinal antes descrita, la facultad ordenadora del juez que le permite controlar el cumplimiento de los presupuestos procesales ya sea mediante una facultad amplia o restringida, pretende que la relación procesal se constituya y se desarrolle

²⁰⁹ MONTERO, Juan. 2019. Op. Cit. 264.

²¹⁰ COUTURE, Eduardo. 1958. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. 3era Edición. Buenos Aires. Roque Depalma Editor. Pp. 111-112.

²¹¹ Ibid. p. 107.

²¹² MONTERO, Juan. 2019. Op. Cit. 264.

²¹³ MONTERO, Juan. 2000. Op. Cit. p. 642.

de manera válida hasta alcanzar el estado de sentencia²¹⁴. Esto se justifica en la necesidad que el asunto sometido a conocimiento del tribunal efectivamente sea resuelto en su aspecto material y no termine por motivos formales. No obstante, no basta con otorgarle al tribunal esta facultad, sino que se requiere que la resolución del defecto formal no se limite a ponerle término a la relación procesal, sino que debe actuar positivamente, esto es, su actuación debe estar dirigida a subsanar el vicio, de modo que sea posible posteriormente resolver el fondo del asunto²¹⁵.

La justificación detrás de reconocerle al juez este poder para que no quede en función del capricho o desidia de las partes, se debe a que el proceso solo se justifica en la medida que sea útil y necesario, evitando un desarrollo destinado al fracaso²¹⁶.

Respecto al control de los presupuestos antes señalada, para una mayor comprensión, recurriremos al procedimiento civil chileno. En el caso de los presupuestos que son objeto de control de oficio de parte del tribunal en el derecho chileno, podemos referirnos a la competencia absoluta del tribunal, cuya falta puede ser declarada sin petición de parte durante todo el proceso, de acuerdo al artículo 83 del Código de Procedimiento Civil, en virtud del carácter de orden público e indisponible para las partes de su determinación, el que puede ser controlado a través de la facultad de oficio del tribunal del artículo 84 inciso final, para evitar la nulidad de los actos del procedimiento, como también a través de la invalidación de oficio cuando conozca el tribunal de alzada vía apelación, consulta, casación o incidencia, según el artículo 775 inciso primero del CPC.

Pero, por otro lado, otros aspectos formales propios de la relación procesal, que no importan una afectación esencial de ella y que no habilitan al tribunal a actuar de oficio, serán saneados por la preclusión ante la falta de declaración de nulidad o falta de ejecución de la misma por parte del litigante afectado, lo que conllevará a su convalidación²¹⁷. La

²¹⁴ HUNTER, Iván. 2020. Op. Cit. p. 239.

²¹⁵ Ibid. p. 244.

²¹⁶ HUNTER, Iván. 2011. Op. Cit. pp. 91-92.

²¹⁷ CARRASCO, Jaime. 2020. La declaración de nulidad procesal a petición de parte o de oficio y los límites impuestos por los tipos de convalidación. Revista de Actualidad Jurídica. Universidad del Desarrollo. (41): pp. 302-303.

jurisprudencia nacional, de acuerdo a CARRASCO, indica que la facultad del artículo 84 inciso final del CPC es una aplicable solo a aquellos actos de orden público o de interés general, consistentes en la formación de los presupuestos esenciales del proceso (como la capacidad de las partes y la competencia absoluta del tribunal) y no aquellas observan únicamente al interés privado de las partes²¹⁸. Lo anterior se explica en cuanto, en nuestro país, como señalamos recién, impera la comprensión tradicional del proceso civil, adoptando como excepción el control de oficio de los presupuestos procesales.

Respecto al recurso de aclaración, rectificación y enmienda, contenido desde el artículo 182 del Código de Procedimiento Civil chileno, se preocupa del correcto entendimiento de la decisión jurisdiccional, aun cuando no se refiera estrictamente a los presupuestos de validez de los actos jurídicos que hemos revisado. Esta institución contempla la excepción del principio de desasimiento del tribunal bajo los supuestos de necesidad de aclarar puntos oscuros o dudosos, salvar omisiones y rectificar errores de copia, de referencia o de cálculos numéricos que aparecieran de manifiesto en las sentencias, con el objeto de proporcionar un medio de corrección estrictamente formal a estas resoluciones. Si bien, el legislador proporciona este instrumento tanto a petición de parte como de oficio, restringe por expresa disposición en el artículo 184 del mismo cuerpo legal, la posibilidad de actuación de oficio solo a las hipótesis de rectificación, mas no la aclaración de puntos dudosos. Lo anterior es un ejemplo del limitado campo de intervención de oficio de los tribunales nacionales, dejando el monopolio del control de la claridad de la sentencia a los litigantes.

2.2.1.2. Impulso procesal

La dinámica del proceso exige que el ejercicio de los actos que le corresponden a cada uno de los sujetos suponga la existencia de un lapso de tiempo, puesto que indudablemente el proceso no puede desarrollarse eternamente. El impulso procesal asegura la continuidad sucesiva de los actos procesales y su dirección hacia el fallo²¹⁹, señalando a quién le

²¹⁸ CARRASCO, Jaime. 2020. Op. Cit. pp. 319-320.

²¹⁹ COUTURE, Eduardo. 1958. Op. Cit. p. 172.

corresponderá la función de instar sucesivamente a que el procedimiento alcance este momento de sentencia de término²²⁰.

Se distingue entre impulso de parte e impulso de oficio; el primero de ellos se refiere a la opción de otorgarle a las partes la potestad de solicitarle al tribunal el cierre de una etapa para el avance a la siguiente, mientras que el impulso de oficio consiste en la dictación de parte del tribunal de las resoluciones necesarias para que el procedimiento avance, sin necesidad de petición de parte²²¹. Que el impulso esté encomendado al tribunal responde a la economía procesal y la eficiencia en la administración de justicia, además de una constatación de parte del legislador procesal que el encauzamiento eficiente del procedimiento es un valor público, que le corresponde al tribunal y no descansará en el rol que jueguen las partes, en función de sus intereses particulares.

La Excma. Corte Suprema define el impulso de oficio, en sentencia del 18 de mayo del 2020, a propósito de las excepciones que contempla la legislación chilena respecto a la regla general del impulso de parte, de la siguiente forma:

“SEXTO: Que en cuanto al impulso del procedimiento civil, si bien la regla general es la vigencia del principio dispositivo recogido en el artículo 10 del Código Orgánico de Tribunales, de acuerdo con el cual los tribunales no pueden ejercer su ministerio sino a petición de parte salvo en los casos en que la ley los faculte para proceder de oficio, dicho principio no resulta absoluto, desde que existen disposiciones legales que de manera expresa consagran la oficialidad, al entregarle al tribunal de la causa la carga de darle curso progresivo, por lo que la responsabilidad y deber de garantizar el avance del proceso y el diligenciamiento de las gestiones necesarias para su finalización mediante la decisión del mérito, recae en el que conoce el asunto.”²²² (subrayado agregado)

²²⁰ ONFRAY, Arturo. 2020. Derecho Procesal Civil. Parte Primera: Introducción al Derecho Procesal. Valencia. Tirant lo Blanch. p. 349.

²²¹ MONTERO, Juan. 2019. Op. Cit. p. 265.

²²² Resolución de la Excma. Corte Suprema de Chile de fecha 18 de mayo de 2020. Rol N°19.016-2018. Considerando Sexto.

Según lo señalado por la Excma. Corte Suprema, en el considerando citado, a diferencia del impulso de parte, la oficialidad es comprendida como una carga o un deber positivo del tribunal, lo que conceptualmente difiere con el impulso de parte que se torna como mera facultad, pudiendo dilatar legítimamente la causa, dentro de los términos permitidos.

El modelo procesal que contempla el impulso de oficio no restringe el poder de las partes de iniciar el proceso a través de la demanda, como la apertura de cada una de las instancias mediante los recursos, dado que el impulso de oficio apunta a otra dirección, es decir, no le es relevante el inicio eventual de la relación procesal mediante el acto de la demanda o de su continuación en otras instancias, sino que observa la dinámica interna del procedimiento, permitiendo que el tribunal tenga para sí el ejercicio de la promoción de una etapa procesal a otra y hacerlo progresar hasta el estado de dictación de sentencia. Además, posicionar al órgano jurisdiccional con un rol de impulsar el procedimiento no significa que, correlativamente, las partes carezcan de cualquier poder sobre el desenvolvimiento del juicio, sino por el contrario, mantienen sus facultades para impulsar por ellas mismas el proceso²²³, es decir, el impulso de oficio no se traduce en la abolición del impulso de parte de manera absoluta.

2.2.2. Facultades procesales materiales

Se refiere a aquellas que influyen en el contenido de la sentencia²²⁴, esto es, a diferencia de las facultades de dirección formal, dotan de contenido al juez y pueden interferir en el resultado del pleito²²⁵. Apuntan a tres aspectos relevantes: la aportación de los hechos, la aportación de los medios probatorios y la determinación del derecho aplicable, de las cuales abordaremos solamente las dos primeras, dado que la facultad del juez de conocer el

²²³ HUNTER, Iván. 2020 Op. Cit. p. 225.

²²⁴ MONTERO, Juan. 2019. Op. Cit. p. 266.

²²⁵ HUNTER, Iván. 2020. Op. Cit. p. 273.

Derecho y de aplicarlo al caso concreto, con prescindencia de lo afirmado en la etapa de discusión, es un deber que no consideraremos como el objeto de este trabajo.

2.2.2.1. La verdad y la corrección como objetivos del proceso

Este debate se encuentra inmerso por la observación que uno de los problemas de la administración de justicia pasa por la corrección de la decisión como eje orientador de la actividad jurisdiccional, que justifica no limitar el actuar del proceso solamente a los intereses individuales involucrados²²⁶, sino que esté enfocado también en alcanzar una decisión justa.

En este sentido, FERRER señala que el propósito de la prueba jurídica es determinar el valor de verdad en los enunciados que justificarían la aplicación legítima de una determinada consecuencia jurídica con pretensión de ser una efectiva regulación de conducta, dado que, ante una alternativa radical de absoluta disociación entre la aplicación de la norma y la verdad de los enunciados²²⁷, no habría razón alguna para comportarse de acuerdo a lo establecido jurídicamente, la actividad probatoria asume un papel crucial en el éxito del Derecho como un mecanismo de dirección de la conducta²²⁸, pues de lo contrario, la renuncia a la pretensión de la verdad, la justificación del Derecho como regulador de conductas se diluye.

No resultará inocuo la relevancia que se le asigne a la averiguación de la verdad como uno de los objetivos del proceso, dado que la distinta concepción sobre este punto condicionará la configuración de la etapa probatoria²²⁹, de tal manera que, bajo esta noción, la prueba estará destinada a suministrarle al juez información cuya fidelidad es indispensable para una decisión justa, tendiendo a reforzar los mecanismos de preposición de prueba, aumentando los poderes de las partes y del juez²³⁰.

²²⁶ TARUFFO, Michele. 2006. Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante. (29): p.265.

²²⁷ FERRER, Jordi. 2017. Los poderes probatorios del juez y el modelo de proceso. Revista de la Maestría en Derecho Procesal. Pontificia Universidad Católica de Perú. 7(2): pp. 145-146.

²²⁸ Ibid.

²²⁹ HUNTER, Iván. 2020. Op. Cit. p. 276.

²³⁰ Ibid. pp. 276-277.

Sin embargo, aun cuando sea posible alcanzar el consenso de la relevancia que merece la correctitud de la decisión, resulta relevante plantear una interrogante adicional, de acuerdo a JOLOWICZ: ¿Qué es, entonces, una correcta decisión?²³¹ o en los términos planteados anteriormente, en qué punto se encuentra satisfecha la necesidad de corrección, si *a priori* desconocemos cómo se desarrollaron los hechos realmente y no hay forma de asegurarse de la coincidencia entre la sentencia y esta realidad durante el procedimiento.

Si bien, la discusión anteriormente planteada excede los objetivos de este trabajo, destacamos la solución alcanzada por el autor antes citado, al señalar que lo más cercano a una decisión correcta es aquella que fue redactada por un juez quien tuvo a su disposición toda la información considerada necesaria acerca de los hechos y del derecho para fallar²³². Como veremos más adelante, estudiando el alcance de las facultades probatorias de oficio, podremos concluir que este objetivo y esta comprensión de la correctitud de la sentencia, es más probable alcanzarla mediante un procedimiento con inclinaciones a la oficialidad de las facultades del tribunal.

El mismo autor señala que la demanda por la decisión correcta es una petición poco coincidente con el modelo tradicional del proceso civil y que plantea ciertos dilemas, pero que eso no implica que deba ser inmediatamente desechada por un excesivo énfasis en el carácter adversarial del procedimiento civil²³³.

2.2.2.2. Aportación de los hechos y del material probatorio

La relación de la posición de las partes y del tribunal respecto a la aportación de los hechos y los medios de prueba no es lineal, es decir, si afirmamos que son las partes las indicadas para la afirmación de los hechos que fundan su pretensión, concluir inmediatamente que son las mejor posicionadas para la recopilación del material probatorio no es la única alternativa posible²³⁴, ya que el ámbito de la recolección de medios de prueba

²³¹ JOLOWICZ, John. 2003. Op. Cit. p. 288.

²³² Ibid.

²³³ JOLOWICZ, John. 2000. Op. cit. p. 93.

²³⁴ HUNTER, Iván. 2020. Op. Cit. pp. 279-281.

no es un campo excluyente que inhiba al tribunal de cumplir algún papel más o menos intervencionista.

La iniciativa probatoria de oficio y sus manifestaciones prácticas han sido agrupadas por TARUFFO y por FERRER. El primero de ellos, explica tres tipos de poderes de instrucción del juez: un primer modelo representado por un poder general para disponer, con independencia de las partes, la recolección de medios de prueba, una segunda situación es otorgarle al juez ciertos poderes puntuales de iniciativa probatoria y, finalmente, un tercer caso en el que no se establecen de manera expresa poderes de iniciativa probatoria, pero en el que se le otorga al juez un papel activo, de control o de dirección, en la actividad probatoria²³⁵.

Por su parte, el segundo autor enumera seis tipos de poderes probatorios del juez: (a) otorgarle al juez un papel relevante en la admisión de las pruebas propuestas por las partes, (b) permitirle intervenir en la práctica de la prueba, en el entendido que la contradicción no se agota en la oposición entre partes, (c) la facultad para indicarle a las partes la existencia de lagunas probatorias, (d) facultad para disponer de la incorporación de pruebas no solicitadas, (e) capacidad para alterar durante el desarrollo del proceso la carga de la prueba y (f) la imposición al juez del deber de decidir qué hipótesis fácticas se considerarán probadas estableciendo en el caso concreto el nivel de suficiencia probatoria, en caso de ausencia de estándar probatorio²³⁶.

Esta lista, sin ser taxativa, recorre distintos niveles de intensidad de intervención del tribunal en el conflicto jurídico sometido a su conocimiento, lo que es esclarecedor respecto a la diversidad de facultades oficiosas que un ordenamiento jurídico determinado puede incorporar. Lo anterior se vincula directamente con lo que señalábamos respecto a la vigencia de los principios dispositivos y de oficialidad en los sistemas jurídicos, en tanto le corresponderá al legislador procesal el establecimiento del equilibrio entre manifestaciones adversariales e inquisitivas, sin que la incorporación de una institución en particular pueda

²³⁵ TARUFFO, Michele. 2006. Op. Cit. p. 255-259.

²³⁶ FERRER, Jordi. 2017. Op. Cit. pp. 150-155.

significar, necesariamente, la abolición de uno de los principios formativos, pudiendo cada ordenamiento jurídico conjugar de diversa forma cada una o alguna de estas actuaciones de oficio, para la consecución de las finalidades o funciones que le atribuyen al proceso, constituyendo una decisión político-procesal que cada sistema debe tomar en su respectivo seno. En *infra*²³⁷ analizaremos que, precisamente la variedad de intensidad posible entre las facultades de oficio anteriormente enumeradas, se vincularán a su vez con los límites que razonablemente podrán efectuarse por los ordenamientos jurídicos que las contienen, para prevenir la infracción de derechos de las partes, como garantizar el control de ellas sobre el tribunal a fin de evitar abusos de las mismas. Igualmente, la búsqueda del equilibrio entre ambos principios precedentemente estudiados será la conclusión que arribaremos más adelante²³⁸.

2.3. Voces críticas de las facultades oficiosas

2.3.1. Planteamiento de la corriente “garantista”

Es una concepción que comprende que la forma de mantener la garantía de un juez tercero e imparcial genuino es su exclusión del aspecto material del desarrollo del proceso. El término garantista se refiere al modelo político procesal, que se concibe como defensa del modelo tradicional ante el desarrollo de la idea de la publicización del proceso civil, que atiende al aumento de los poderes del Estado representado en el juez, en contraposición a un modelo autoritario de juez activo que establece como su antónimo. Propone la mantención de la estructura y comprensión tradicional del principio dispositivo, a fin de impedir la atribución de facultades de oficio del juez, en particular, de aquellas que permitan alguna intervención en el fondo de la resolución del conflicto.

La concepción garantista se opone a la denominada publicación del proceso civil, quienes pretenden cuestionar la vigencia de la aportación de parte de manera excluyente

²³⁷ Véase en: “2.3.2.2. Frente a las críticas a las facultades materiales”.

²³⁸ Véase en: “2.3.3. Facultades oficiosas del juez como herramientas compatibles con el principio dispositivo y el proceso civil democrático”

proponiendo la figura de un juez activo, distinguiendo para ello, objeto del proceso y el proceso como medio para la tutela de derechos²³⁹.

Un principal argumento para rechazar la incorporación de facultades oficiosas del juez observa el sustento político autoritario de las reformas que las permitieron, en contextos de gobiernos de esta índole en el siglo XX. Se plantea que la única forma de otorgarle poderes a los jueces vendría de la mano con sustraerlos de las partes, es decir, alterar la vigencia plena del principio dispositivo, lo que solamente sería viable bajo regímenes políticos autoritarios²⁴⁰, deviniendo a su vez en instituciones procesales ilegítimas e incompatibles con los regímenes democráticos posteriores. Esta reducción del principio dispositivo, de acuerdo a MONTERO, se justificaría sobre la base de un mito, consistente en que a mayores poderes del juez más “justa” es la contienda, concibiendo al proceso como un instrumento de una “justicia” entre comillas, pues equivale a una creencia sin fundamento cierto que la sociedad siempre y en cualquier caso gozará de progreso social mediante esta alternativa²⁴¹.

Incluso, según este último autor, el fundamento de las facultades oficiosas del juez son contradictorias en cuanto al panorama general del proceso, pues quienes propugnan estas modificaciones, al mismo tiempo, pretenden la limitación de la actuación del juez penal²⁴². Sin embargo, *infra*²⁴³ observaremos que, en realidad, esta crítica no es atingente al comparar dos figuras distintas.

TAPIA señala que los autores garantistas argumentan que la publicación del derecho procesal “sufre de cierto maquiavelismo que justifica fin sin importar medios”²⁴⁴, arriesgando la vigencia de las garantías que impregnan las leyes procesales. Esta apelación, a la base ideológica de los planteamientos políticos a favor de las facultades oficiosas del juez, resulta particularmente conflictiva respecto al *Codice di Procedura Civile* italiano de 1940, el cual

²³⁹ PICÓ I JUNOY, Joan. 2011. El derecho procesal entre garantismo y la eficacia: Un debate mal planteado. En: MONTERO, Juan. (Coordinador). 2011. Proceso Civil e Ideología. 2º Edición. Valencia. Tirant lo Blanch. p. 118.

²⁴⁰ MONTERO, Juan. 2011. Op. Cit. p. 148.

²⁴¹ Ibid. p. 156.

²⁴² Ibid. p. 166.

²⁴³ Véase en: “2.3.2.2. Frente a las críticas a las facultades materiales”.

²⁴⁴ TAPIA, Claudio. 2010. Op. Cit. p. 240.

CIPRIANI, MONTELEONE y MONTERO, han catalogado de autoritario al promulgarse bajo el yugo del gobierno fascista italiano, adquiriendo sus características políticas. En el siguiente apartado abordaremos porqué consideramos errada esta asimilación por revestir el carácter de la falacia *reductio ad hitlerum*²⁴⁵.

Sin embargo, con independencia de los factores políticos externos, otra crítica general a la idea del proceso dirigido por el juez es elaborada por ALVARADO, quien señala que la función de la judicatura no es otra que procurar y asegurar la paz social, mientras que la búsqueda de la verdad sería un problema que no interesa primordialmente al Derecho, en tanto el fenómeno jurídico nace ante la existencia de pretensiones resistidas y su misión es erradicar la fuerza ilegítima actuando como método para resolver los conflictos y no otro propósito²⁴⁶. En esta línea, podemos recordar fácilmente lo planteado en el primer capítulo sobre la función del proceso según el liberalismo²⁴⁷. En este contexto, se contemplan dos principios invulnerables: el de igualdad de las partes e imparcialidad, y el único modelo de proceso que se adecúa a cabalidad con la idea originaria del proceso y respeta adecuadamente los principios antes mencionados, de acuerdo al autor citado, es el modelo dispositivo²⁴⁸.

A modo de prevención, la crítica del garantismo, según MONTELEONE, no pretende extraer la función social de la jurisdicción o negar que ésta tenga alguna relevancia social, sino que busca la defensa del derecho de los justiciables a actuar, por medios lícitos, conforme sus propios intereses²⁴⁹, y no en atención a algún interés estatal ajeno a ellas.

Con respecto a las facultades formales, MONTERO señala que la extrema aplicación del principio dispositivo, que le niega la autoridad al juez para dirigir formalmente el desarrollo del proceso no se soluciona con la aplicación de las ideas publicistas del proceso

²⁴⁵ Ibid. p. 241.

²⁴⁶ ALVARADO, Adolfo. 2007. La imparcialidad judicial y la función del juez en el proceso civil. En: DE LA OLIVA, Andrés. PALOMO, Diego. 2007. Proceso Civil: Hacia una nueva justicia civil. Editorial Jurídica de Chile. pp. 284-285

²⁴⁷ Véase en: “1.1.2. Proceso como resolución de controversias”.

²⁴⁸ ALVARADO, Adolfo. 2007. Op. Cit. p. 291.

²⁴⁹ MONTELEONE, Girolamo. 2011. El actual debate sobre las “orientaciones publicísticas” del proceso civil. En: MONTERO, Juan. (Coordinador). 2011. Proceso Civil e Ideología. 2º Edición. Valencia. Tirant lo Blanch. p. 184.

civil, sino que simplemente con la concesión de poderes de dirección formal, siempre y cuando ella esté restringida a los aspectos formales del mismo y en ningún caso influenciar en el fondo de la controversia²⁵⁰. En esta misma línea, PALAVECINO señala que, la argumentación que expuso KLEIN respecto a la ventaja de atribuirle al juez facultades de oficio atendiendo criterios económicos, solo se refieren a las facultades de dirección formal del procedimiento y nada dicen respecto de aquellas destinadas a influir en el objeto del pleito, ya que su influencia respecto a la prueba puede resultar determinante sobre el resultado²⁵¹, limitando la aplicación de las ideas del autor austriaco al desarrollo del procedimiento y no aspectos probatorios, como pretende la tendencia publicista.

Dicho esto, pareciera ser, para un sector de la corriente garantista, los inconvenientes del proceso en extremo dispositivo, típicos del siglo XIX y principios del siglo XX, se solventan con la atribución de poderes de dirección formal, pero no sobre aspectos de dirección material, pues concluyen que buscar la eficiencia del proceso no es papel de la etapa probatoria. Sin embargo, no hay unanimidad al respecto, pues ALVARADO se opone a cualquier atribución de facultades de oficio al juez, señalando que “el impulso procesal solo es dado por las partes. Nunca por el juez”²⁵², descartando de plano cualquier atribución al órgano judicial sobre este punto, a diferencia de lo planteado anteriormente por MONTERO y PALAVECINO.

Sin perjuicio de lo anterior, no hay dudas que son las facultades materiales del juez las que resultan especialmente problemáticas para el planteamiento garantista, ya que resultarían una intervención inadmisibles respecto al fondo. Al respecto, se plantea que, para justificar la compatibilidad de facultades materiales y al mismo tiempo mantener la vigencia del principio dispositivo, la posición “social” del proceso argumenta que es posible separar este principio en la alegación de los hechos, por un lado, y la proposición de los medios de prueba, por otro, solo siendo el primero de ellos exclusivo de los particulares y parte indisoluble del principio dispositivo. El garantismo plantea que esta noción es ilusoria.

²⁵⁰ MONTERO, Juan. 2011. Op. Cit. p. 150.

²⁵¹ PALAVECINO, Claudio. 2011. Op. Cit. p. 24-25.

²⁵² ALVARADO, Adolfo. 2007. Op. Cit. p. 290.

En primer lugar, esta separación propuesta se fundaría en que no puede tener el mismo fundamento el principio que sostiene la disponibilidad de la pretensión del derecho alegado y permitir que sean las partes las indicadas para señalar los medios de prueba, dado que esta última sería más bien un medio técnico para alcanzar la decisión final. Sin embargo, el garantismo sostiene que esta pretensión torna técnica una materia que es más bien política²⁵³, considerando que se encuentra extendida la visión que las normas procedimentales no son neutrales. Pareciera, bajo la mirada garantista, que la separación propuesta retrocedería en el reconocimiento de la vinculación de la política y las normas procesales.

En contra de atribuirle al juez una función epistémica, la corriente garantista señala que los propios autores publicistas, sin advertir ninguna contradicción en sus postulados, sostienen, por un lado, que no hay en muchos casos una posibilidad real de alcanzar la verdad absoluta de los hechos del conflicto, pues el conflicto se resolverá con la afirmación o negación del derecho por la adjudicación del sentenciador, pero, por otro lado, pretenden atribuirle al juez una función de consecución de la verdad que, ellos mismos admiten, no está obligado a alcanzar²⁵⁴, por las consideraciones prácticas de no pretender una verdad total de las premisas fácticas.

En segundo lugar, se critica la aparente omisión del problema de la imparcialidad del juez que se vería afectada con la recolección y contacto con el material probatorio. Lo relevante, además de la ajenidad o desinterés del juez, que denota un cariz subjetivo, es la condición de tercero que se perdería con la intervención probatoria, ya que la imparcialidad no solo exige que el juez no actúe como parte, sino también que no realice actos propios de éstas²⁵⁵.

Para MONTELEONE, el asunto de la imparcialidad es de vital importancia, ya que la condición esencial del sujeto llamado a declarar el derecho y zanjar la controversia es su

²⁵³ MONTERO, Juan. 2011. Op. Cit. p. 157.

²⁵⁴ PALAVECINO, Claudio. 2011. Op. Cit. pp. 48-49.

²⁵⁵ MONTERO, Juan. 2011. Op. Cit. pp. 165-166.

característica de tercero²⁵⁶, que constituye un pilar fundamental para otorgar certeza en la legitimidad de las decisiones sometidas a conocimiento de la jurisdicción. Respecto de los hechos y su respectiva prueba, para el autor, la atribución al juez civil de poderes probatorios consiste en permitirle que se coloque en la posición de las partes, aparentemente vulnerando el principio de contradictorio, en tanto son las partes las exclusivamente indicadas para su afirmación y prueba, pues les pertenecen a ellas, no teniendo incumbencia en esta labor el juez²⁵⁷. Además, la estructura y lógica del contradictorio en el proceso se funda en el enfrentamiento entre las partes y sus medios de prueba y no en atención a lo que eventualmente aportará el juzgador, intervención que, por lo demás, siempre resultará incierta en cuanto se funda en su propia discrecionalidad.

En el caso de que el juez actúe de oficio, el autor se cuestiona qué asegura que las pruebas dispuestas por él sean más idóneas que las pretendidas por las partes para concluir una correcta y precisa determinación de la premisa fáctica y, de qué manera, esta intervención no puede decantar en una injerencia en el ejercicio del derecho de defensa de las partes²⁵⁸.

En esta línea, relacionado con la imparcialidad, según PALAVECINO, la introducción de facultades probatorias implicará un atentado a la igualdad entre las partes, en cuanto la utilización de estos poderes se traduce en una intervención al resultado del pleito, en cuanto será determinante en él, pues un litigante verá frustrada su pretensión no a causa de la prueba proporcionada por su contradictoria, sino por la actuación del juez²⁵⁹.

Desde un punto de vista práctico, DE LA OLIVA plantea, como argumento para declinar la tendencia de atribuirle poderes probatorios al juez, que la experiencia española denotaba una escasa aplicación de los poderes y facultades previstos en la legislación procesal anterior, concluyendo que para los jueces sería una carga imposible de llevar²⁶⁰. Sin embargo, desde ya descartamos esta apreciación, ya que el planteamiento del debate no puede

²⁵⁶ MONTELEONE, Girolamo. 2010. Jurisdicción, proceso, juez en el sistema de libertades civiles. En: VIVES, Tomás (Director). Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico. Tirant lo Blanch. p. 70.

²⁵⁷ Ibid. pp. 73-74.

²⁵⁸ MONTELEONE, Girolamo. 2011. Op. Cit. p. 185.

²⁵⁹ PALAVECINO, Claudio. 2011. Op. Cit. pp. 58-59.

²⁶⁰ DE LA OLIVA, Andrés. 2012. Op. Cit. p. 283.

teñirse con la deficiente práctica judicial de un determinado ordenamiento jurídico, dado que, de lo contrario, cualquier debate académico quedaría condicionado a cualquier suposición que se sostenga en deficientes experiencias.

De igual forma, mismo reproche merece la crítica efectuada por el mismo autor de catalogar como una pretensión utópica la responsabilidad del tribunal civil para el descubrimiento de la verdad, al plantear que “a duras penas puede, con auxilio de los demás poderes del Estado, afrontar los más graves y reprochables ilícitos”²⁶¹, menos podría asumir este nuevo papel en la incorporación de las facultades probatorias. El autor no comprende, como veremos más adelante, que estas propuestas no pretenden reemplazar a las partes, sino complementar su actuar.

Similar argumento esboza CIPRIANI, quien indica que no es factible la continua desconfianza hacia las partes y la confianza absoluta al juez, no solo por la posibilidad de error que se traslada al tribunal o el riesgo de abuso de poder, sino también porque se supone falsamente que al juez le importará más el devenir de la causa civil que a las partes²⁶², posición que rápidamente puede ser abordada en cuanto lo relevante no es el interés subjetivo que mantenga la persona del juez respecto al conflicto que conoce, sino en la disponibilidad de herramientas que faciliten la consecución de objetivos públicos y privados respecto del procedimiento.

En Chile, el enfrentamiento entre la postura garantista y el publicismo procesal se observa con importante nitidez desde la reforma al ordenamiento laboral, que fue puesta en marcha en marzo del 2008 y cuya lógica se encuentra sumergida dentro del publicismo²⁶³. Si bien, esta discusión se refiere al procedimiento laboral, la pregunta que realmente subyace, a partir de la crítica del sector garantista nacional, entre ellos de PALAVECINO, es sobre el rol que deben cumplir los jueces dentro del proceso, es decir, aun cuando para efectos del presente texto, lo relevante es el proceso civil, el desarrollo de la discusión doctrinal en el

²⁶¹ Ibid. p. 286.

²⁶² CIPRIANI, Franco. El autoritarismo procesal (y las pruebas documentales). Revista *Ius Et Praxis*. 13(2): p. 51.

²⁶³ TAPIA, Claudio. 2010. Op. Cit. p. 235.

marco de la reforma procesal laboral es transversal, pues denota un cuestionamiento o reformulación de la potestad jurisdiccional²⁶⁴, demostrando la vigencia de este debate.

2.3.2. Respuestas a las críticas de la corriente garantista

Antes de profundizar, es preciso señalar que, de acuerdo a TARUFFO, el lenguaje utilizado por los autores garantistas, al referirse con el término “autoritario” al proceso en el que el juez está dotado de facultades oficiosas, en oposición a uno “liberal” en el que se encuentra privado de tales poderes, sin distinguir siquiera a qué sistemas políticos liberales están aspirando, es una dinámica de definiciones poco útil²⁶⁵, el que no ahondaremos con mucha profundidad, concentrándonos en los aspectos de fondo para hacer frente a las objeciones doctrinales antes descrita. En este punto es relevante recordar la distinción entre el liberalismo y la democracia abordada *supra*²⁶⁶, y coincidimos con TAPIA en que el garantismo pretende “un liberalismo a la HAYEK”²⁶⁷, ajeno, distinto e independiente a una concepción democrática del proceso. Este autor indica que el progresivo desplazamiento de las reglas de conducta estrictamente formales por normas de derecho público ha significado la transición de sociedades liberales en sociedades totalitarias²⁶⁸, demostrando la coincidencia terminológica entre las críticas garantistas con esta forma de comprender el liberalismo de HAYEK, que en realidad no se refiere a la carencia de democracia del sistema procesal estudiado, sino en la priorización del derecho público.

En esta línea, es cuestionable la conceptualización del “proceso liberal”, por parte de la corriente garantista, al plantear que, a consecuencia del derecho de propiedad que gozan los litigantes de los bienes y derechos debatidos al interior del juicio, se concluya que el proceso es absolutamente disponible para las partes, dado que se efectúa a nuestro entender

²⁶⁴ Ibid. p. 236.

²⁶⁵ TARUFFO, Michele. 2006. Op. Cit. pp. 252-253.

²⁶⁶ Véase: “1.1.1. Liberalismo político y económico como ideal rector del Derecho y del proceso civil clásico”

²⁶⁷ TAPIA, Claudio. 2010. Op. Cit. p. 246.

²⁶⁸ HAYEK, Friedrich. 1982. Op. Cit. p. 191.

una simplificación errónea del problema. En este debate no se discute la calidad de derecho privado del objeto de la controversia, sino que, si esta naturaleza se extiende al proceso²⁶⁹.

Por otro lado, la visión garantista estudia el derecho procesal bajo una mirada erróneamente binaria, considerando como antónimos las herramientas que permiten la celeridad y la eficiencia procesal frente al debido proceso, cuando, en realidad, forman parte de lo mismo y la pretensión de los particulares de usar para sí todos los medios procesales para la satisfacción de sus propios intereses no es más que una potencial violación de los derechos procesales de los actuales y potenciales litigantes, en caso de no ponerle algún límite.

Además, señalar que una determinada norma procesal o institución refleja absolutamente una determinada ideología, es desconocer el funcionamiento práctico de la propia técnica legislativa y política moderna, que se caracteriza por la combinación de ideas políticas, a veces contradictorias, mediante negociaciones políticas para la consecución de una determinada reforma legal²⁷⁰. Afirmar que una institución es producto de una sola ideología es omitir todo el proceso legislativo detrás, analizándolo de manera desnaturalizada.

Constituye también una exageración de simplificación relacionar rígida y automáticamente una determinada norma según el carácter del gobierno de la época en la que se implementó, pues la realidad es más compleja que la proposición de interpretaciones lineales²⁷¹, la que a través de la experiencia se ha visto desmentida, toda vez que, por ejemplo, la reforma llevada a cabo en Alemania en 1933 (bajo el gobierno nacional socialista), reforzó los poderes judiciales de esclarecimiento y dirección del proceso, pero ello fue sustentado en los trabajos preparativos realizados bajo la democrática Constitución de Weimar y se mantuvieron aún derrotado el nazismo, y por otro lado, el Código Procesal Civil alemán

²⁶⁹ SIMONS, Adrián. 2007. Poderes Jurisdiccionales. El dilema entre el juez activo y el juez autoritario. En: DE LA OLIVA, Andrés. PALOMO, Diego. 2007. Proceso Civil: Hacia una nueva justicia civil. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. p. 210.

²⁷⁰ HUNTER, Iván. 2020. Op. Cit. p. 150.

²⁷¹ BARBOSA, José. 2011. El neoprivatismo en el proceso civil. En: MONTERO, Juan. (Coordinador). 2011. Proceso Civil e Ideología. 2º Edición. Valencia. Tirant lo Blanch. p. 203.

(ZPO) de 1877, de origen claramente liberal, continuó vigente en la República Democrática Alemana hasta 1975, cuando se adoptó un nuevo cuerpo normativo²⁷², denotando la completa coexistencia de regímenes democráticos y autoritarios, con modelos procesales diversos.

Por otro lado, respecto a esta crítica, desde una mirada argumentativa interpretativa, la validez de una determinada norma dependerá de su propio contenido y alcance, con independencia de la época de su dictación, siendo el elemento histórico una herramienta más de la técnica interpretativa y no exclusiva, debiendo optar, para la evaluación de la misma por una globalidad hermenéutica²⁷³.

2.3.2.1. Frente a las críticas a las facultades de dirección formal

La discusión en torno a los poderes de dirección del proceso no es nueva, de hecho, de acuerdo a PÉREZ-RAGONE, ésta se dio en Alemania con la reforma al Código Procesal Civil Alemán a principios del siglo XX, contexto en el cual, la figura de WACH resultó imprescindible para su comprensión, quien, entre otras discusiones, planteó si el impulso de parte concebido en su manera original efectivamente aportaría a que la estructura judicial fuera capaz de generar una oportuna tutela de derechos. Contrariamente a lo establecido en la legislación vigente, WACH concluye que una exacerbación del principio dispositivo llevaría a un estancamiento del proceso y, para evitarlo, el Estado debía asumir un papel relevante en la administración de justicia mediante una dirección oficiosa que permitiera un equilibrio necesario, entendiendo al proceso como una actividad externa a las partes, sobre el cual ellas no tienen absoluto poder sobre su forma ni orden²⁷⁴.

La dirección oficiosa no significa una privación de los mismos poderes en perjuicio de las partes, es decir, no equivale a una sustracción y transferencia de facultades de un sujeto a otro, sino de una responsabilidad compartida en la pronta solución del conflicto²⁷⁵, con el

²⁷² Ibid.

²⁷³ TAPIA, Claudio. 2010. Op. Cit. p. 242.

²⁷⁴ PÉREZ-RAGONE, Álvaro. 2014. Op. Cit. pp. 537-538.

²⁷⁵ HUNTER, Iván. 2020. Op. Cit. p. 226.

objeto de prever la dilación que obstaculiza, a interés de una de las partes, el desarrollo del procedimiento.

2.3.2.2. Frente a las críticas a las facultades materiales

Cuando el sistema jurídico es gobernado por el objetivo de una acertada aplicación del Derecho, el juez no puede ser un espectador pasivo en la competencia entre las partes, siendo relevante que quién obtenga una sentencia favorable, lo obtenga de acuerdo al derecho sustantivo vigente y los hechos efectivamente acaecidos²⁷⁶. Por lo tanto, el otorgamiento de poderes probatorios, con independencia del alcance de ellos, se encontrará justificado en cuanto en el modelo de proceso, la averiguación de la verdad asume un papel importante.

Una de las justificaciones de incorporar facultades materiales al juez civil es la separación del principio de aportación de parte en materia probatoria y el dispositivo, puesto que el primero responde a la forma de concebir el desarrollo del proceso jurisdiccional y, si bien, suelen estar íntimamente vinculados, es posible diferenciarlos en cuanto lo esencial del principio dispositivo es mantener incólume el carácter disponible del interés discutido y no la sustracción del poder monopólico de iniciativa probatoria, incrementando los poderes del juez en este aspecto²⁷⁷. Esta es una herencia crucial del proceso de socialización o publicización del proceso civil, al señalar que, aun cuando las partes son libres de disponer de sus intereses deducidos en juicio, no lo son respecto al proceso mismo, lo que es acogido por las legislaciones europeas posteriores a la etapa liberal, como el ZPO alemán, el *Codice di Procedura Civile* italiano, el *Nouveau Code de Procédure Civile* francés, etc.²⁷⁸

La corriente garantista atribuye esta separación como una ficción, dado que la técnica procesal no puede desatenderse de su fundamento político, pero PICÓ I JUNOY señala que atribuirle características técnicas al primer principio no es declararlo inmune a la política, sino diferenciar lo esencial del principio dispositivo, que se encuentra materialmente en el

²⁷⁶ FERRER, Jordi. 2017. Op. Cit. pp. 140-141

²⁷⁷ PICÓ I JUNOY, Joan. 2007. Op. Cit. p. 102.

²⁷⁸ Ibid. p. 103

carácter disponible del interés discutido y no en el poder monopólico de la actividad probatoria²⁷⁹.

TAPIA señala que la formulación liberal concibe al principio dispositivo de manera amplia, incorporando en él al de aportación de parte, como al impulso procesal, mientras que el publicismo procesal reduce su contenido, como se señaló precedentemente, sin alterar su vigencia, de tal forma que sea compatible con el sistema de un juez activo²⁸⁰.

En esta línea, BORDALÍ señala que, al separar ambas nociones, la cuestión relacionada con las facultades probatorias del juez civil no será una discusión que tenga relación con la vigencia del principio dispositivo, sino más bien, si ésta puede violar o no componentes del debido proceso y, al respecto, es determinante la posición que se adopte entorno a la función del proceso y el rol que le compete al juez dentro de éste; si por un lado se concibe al tribunal como un tercero componedor del conflicto, parece ser que el juez no le corresponde la aportación de material probatorio, pero por otro lado, si la jurisdicción además de ser una vía de solución de conflictos, es un servicio público destinado a la realización y consolidación del mandato de la ley²⁸¹, al juez sí le corresponde una labor en los aspectos probatorios de la contienda. La segunda concepción no niega en ningún punto la función privada del proceso civil, sino que lo sitúa dentro de un escenario más complejo y vinculado con el ordenamiento jurídico en su conjunto.

Antes de abordar la crítica relacionada con la supuesta afectación a la imparcialidad del juez al intervenir en la actividad probatoria, es relevante hacer notar que la garantía de imparcialidad del juzgador, si bien, en ordenamientos jurídicos como el chileno o el español, no se contemplan expresamente a nivel constitucional, su protección se halla mediante la interpretación de las normas constitucionales de índole procesal relevantes, como también, en el caso chileno mediante la incorporación de los instrumentos internacionales en materia

²⁷⁹ PICÓ I JUNOY, Joan. 2011. Op. Cit. pp. 130-131.

²⁸⁰ TAPIA, Claudio. 2010. Op. Cit. p. 239.

²⁸¹ BORDALÍ, Andrés. 2007. Los poderes del juez civil. En: DE LA OLIVA, Andrés. PALOMO, Diego. 2007. Proceso Civil: Hacia una nueva justicia civil. Editorial Jurídica de Chile. pp. 190-192.

de derechos fundamentales, mediante el artículo 5 inc. 2° de la Constitución vigente²⁸². En esta línea, en particular de la situación chilena, BORDALÍ indica que la garantía del debido proceso propiamente tal no está contenida en ninguna disposición constitucional nacional, optando los redactores de la Constitución de 1980 por otra expresión equivalente (“racional y justo procedimiento”), la que mediante los tratados internacionales de derechos humanos como la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 8, como el Pacto Internacional de Derechos Civil y Políticos en su artículo 14, incorporan garantías procesales explícitas, entre ellas las de imparcialidad e independencia de los tribunales²⁸³.

En atención de lo anterior, no hay duda sobre la importancia que supone, como límite a las normas procesales, la imparcialidad de juez como garantía constitucional, aun cuando no se encuentre expresamente en alguna disposición, a fin de analizar su compatibilidad con la incorporación de facultades o actuaciones de oficio.

Para HUNTER, la controversia suscitada entre ambas posiciones, la garantista y la publicista, no se encuentra en los mismos niveles conceptuales sobre este punto, es decir, la corriente garantista relaciona la imparcialidad del juez, que en los ordenamientos modernos adquiere relevancia y supone protección constitucional, con su neutralidad, mientras que la corriente publicista sí efectúa esta distinción para justificar su posición. En otras palabras, cuando el tribunal actúa de oficio y aporta prueba respecto de un hecho, efectivamente abandona su posición de neutralidad, entendiéndola como indiferencia respecto del resultado, pero no abandona su imparcialidad, en tanto no efectúa una valoración previa a la sentencia del material probatorio, subsanando la posición en favor o en perjuicio de algunas de las partes²⁸⁴. Siguiendo la misma línea, BORDALÍ explica que la imparcialidad se refiere a la equidistancia entre el juez y las partes o la distancia de él en relación con el objeto litigioso, por lo que al momento de decretar la prueba de oficio el juez no tiene cómo saber si el resultado de la misma beneficiará a una u otra parte, pues el resultado beneficioso o

²⁸² HUNTER, Iván. 2020. Op. Cit. pp. 569-570.

²⁸³ BORDALÍ, Andrés. 2009. El derecho fundamental a un tribunal independiente e imparcial en el ordenamiento jurídico chileno. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. 32: pp. 265-266.

²⁸⁴ HUNTER, Iván. 2020. Op. Cit. pp. 570-571.

perjudicial del medio de prueba no obedece a una parcialidad del tribunal sino al poder persuasivo intrínseco del material probatorio²⁸⁵.

La mera neutralidad se justifica en la concepción de convertir el sistema de justicia en uno en el cual los ciudadanos concurren para la resolución de sus conflictos, al cual, al Estado le compete solo resolverlos, con independencia de la verdad y la eficiencia involucrada en ello, lo que “nos hace retornar a los inicios de la historia del derecho procesal moderno: el proceso como instancia en que convergen los intereses particulares, por ende, serán ellos los encargados exclusivamente de dirigirlos”²⁸⁶, lo que se encuentra superado en la doctrina procesal, de acuerdo a lo planteado en el capítulo anterior²⁸⁷.

La idea anteriormente planteada por el autor chileno también es señalada por TARUFFO, quien cuestiona lo siguiente: “por qué el juez deviene parcial cuando ordena la adquisición de una prueba de oficio o sugiere a las partes la proposición de una prueba, y esto no sucede, por ejemplo, cuando admite o excluye una prueba propuesta por una parte”²⁸⁸. El problema planteado por el autor se responde señalando que no existe riesgo en la imparcialidad del tribunal en ninguno de los dos casos planteados, ya que la actividad probatoria no se ejerce en lugar de la parte que aparentemente beneficia ni lo hace en favor de ella, sino para sí mismo y para el esclarecimiento de los hechos del proceso²⁸⁹, pues inexcusablemente deberá resolver el conflicto de acuerdo al derecho aplicable y a los hechos fidedignamente acaecidos. Bajo la lógica que impregna la crítica garantista, si disponer de una prueba de oficio va en perjuicio de una parte, necesariamente su omisión iría en perjuicio de la contraria, denotando un círculo de sospecha de imparcialidad que condena a la hipótesis de falsa premisa²⁹⁰.

²⁸⁵ BORDALÍ, Andrés. 2009. Op. Cit. pp. 284-285.

²⁸⁶ HUNTER, Iván. 2020. Op. Cit. p. 577.

²⁸⁷ Véase en: “1.2.2. Una alternativa para la justicia civil”.

²⁸⁸ TARUFFO, Michele. 2006. Op. Cit. p. 271.

²⁸⁹ BARBOSA, José. 1986. La igualdad en las partes en el Proceso Civil. Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. 5(5): p. 65.

²⁹⁰ BARBOSA, José. 2011. Op. Cit. p. 211.

BARBOSA indica que, una alternativa no polémica que puede esbozarse frente a la insuficiencia probatoria de las partes es la aplicación de las normas del *onus probandi*, distribuyendo la carga de la prueba entre los litigantes ante la falta de medios de prueba que comprueben las hipótesis de las partes, pero ésta no es la única alternativa posible ni la más deseable, puesto que la solución de la distribución de la carga no es una actitud “tranquilizadora” y se aplica al final del proceso, puesto que como puede acertar, también puede errar, produciendo con su sentencia, una alteración injusta en la vida de los litigantes, debiendo poder optar a hacer uso de herramientas probatorias de oficio en estos casos especiales durante el desenvolvimiento del proceso²⁹¹, sin que ello signifique alterar su estado de imparcialidad, según las razones precedentemente expuestas. Además, en esta línea, PICÓ I JUNOY indica que las reglas de la carga de la prueba operarán solo al momento de dictar sentencia frente a los hechos inciertos, incluso en escenarios en que se haya utilizado medios probatorios a iniciativa del tribunal²⁹², constituyendo herramientas distintas para alcanzar la decisión final del juez.

Resulta también relevante, frente a la crítica esbozada por MONTERO *supra*²⁹³, desprendernos de la imagen de la actividad probatoria de instrucción, asimilable a la figura típica del juez inquisitivo de carácter penal y diferenciarla con la actividad probatoria del tribunal del proceso civil, dado que la actividad de instrucción responde a una función de investigación y averiguación de los hechos y las pruebas relevantes, buscando responder la interrogante de cómo sucedieron los acontecimientos, mientras que la actividad probatoria del tribunal que nos referimos no averigua ni investiga, sino que verifica las hipótesis de hecho planteadas por las propias partes²⁹⁴.

Respecto a la vigencia de la búsqueda de la verdad como objetivo del procedimiento civil, PICÓ I JUNOY señala, refiriéndose a la garantía constitucional española de la efectiva tutela judicial que, si el objetivo de la judicatura es aplicar la ley a determinados hechos, de cuya concurrencia se requiere algún nivel de certeza, la restricción absoluta de la iniciativa

²⁹¹ Ibid. p. 210.

²⁹² PICÓ I JUNOY, Joan. 2007. Op. Cit. p. 109.

²⁹³ Véase en: “2.3.1. Planteamiento de la corriente “garantista””.

²⁹⁴ HUNTER, Iván. 2020. p. 572.

probatoria judicial supondría una limitación a la búsqueda de la justicia y, en consecuencia, de la garantía constitucional²⁹⁵, en tanto lo que se pretende no es el reemplazo del papel de parte por el juez, sino la atribución de ciertas y explícitas facultades de iniciativa probatoria.

Para el autor español, así como no es posible desechar de plano la actividad probatoria del tribunal, tampoco es razonable su absoluta libertad, debiendo el ordenamiento jurídico definir y señalar adecuadamente su extensión y formas de control de parte de los litigantes, para proscribir cualquier vulneración de derechos. Es evidente, para el autor, que la relación entre imparcialidad y el aumento de intensidad de las facultades de oficio para la persecución de la verdad en el proceso no es una relación directamente proporcional ni debe ser comprendida en abstracto, sino que debe contextualizarse. Es decir, como plantea HUNTER, por un lado, no es cierto que a más poderes del juez más probable es la afectación de imparcialidad, ni tampoco es cierto que la propuesta de incorporar facultades de oficio implique una disminución de la posibilidad de control e impugnación de actuaciones judiciales, sino que ambos elementos, la imparcialidad y la necesaria búsqueda de la verdad a través de las facultades de oficio, actúan e interactúan entre sí, en planos distintos, ya que la imparcialidad es un criterio regulador o de moderación para el legislador, debiendo consignar limitaciones para el juzgador y formas de control para la vigencia de la imparcialidad²⁹⁶, mientras que la averiguación de la verdad es la justificación de la incorporación de estas facultades y apunta al juez en su actuación particular.

Finalmente, tampoco corresponde reprochar que la inclusión de facultades equivalga una disminución proporcional de los poderes de las partes respecto de su juicio, dado que, tanto la atribución de poderes probatorios como su ejercicio no es un campo excluyente que implique una especie de sustracción necesaria de determinados derechos probatorios a favor del tribunal, sino, por el contrario, es posible maximizar tanto el ejercicio probatorio de las partes como del juez, dada la insoslayable garantía de contradicción²⁹⁷, que sirve de control de toda actuación dentro del procedimiento. La realidad de los ordenamientos que incluyen poderes probatorios al tribunal es su reconocimiento conjunto al poder de las partes de probar

²⁹⁵ PICÓ I JUNOY, Joan. 2011. Op. Cit. p. 132.

²⁹⁶ HUNTER, Iván. 2020 Op. Cit. pp. 580-581.

²⁹⁷ TARUFFO, Michele. 2006. Op. Cit. pp. 268-269.

sus alegaciones o bien, su carácter complementario²⁹⁸, y nunca un ejercicio que impida el legítimo derecho de las partes.

BARBOSA, va más allá de lo anterior e indica que la actuación probatoria de oficio no es en perjuicio de las partes o de sus derechos, sino que es paralela a ella e inherente a la misión del juzgador, empeñado en resolver correctamente el conflicto²⁹⁹.

Sin perjuicio de lo anterior, la iniciativa probatoria del juez encuentra sus límites determinados en los hechos discutidos en el proceso, en coherencia con el principio dispositivo, impidiendo que el juez los busque activamente y no se vulnere el derecho de defensa de las partes³⁰⁰. Lo crucial para la vigencia genuina de la disposición del proceso civil no es si cabe o no la incorporación de facultades probatorias del juez, sino cuáles son los límites que el ordenamiento establece. Comprender que la actividad oficiosa del tribunal tiene límites determinados por los principios antes descritos es una cuestión y, otra, que no sigue esta lógica, es prohibir de manera absoluta su inclusión.

2.3.3. Facultades oficiosas del juez como herramientas compatibles con el principio dispositivo y el proceso civil democrático

Es indudable que en el proceso civil conviven intereses igualmente valiosos; por un lado, el legítimo interés del justiciable de ver resuelta la controversia entregada al órgano jurisdiccional, como del Estado, que por medio de la jurisdicción busca restituir el orden social alterado, comprometiendo recursos materiales y humanos que deben ser utilizados de manera racional y razonable. Estos intereses no son opuestos necesariamente, sino que, esta incompatibilidad solo concurre cuando la actividad judicial de oficio copta para sí el derecho de las partes sobre sus relaciones jurídicas y todos los aspectos del proceso³⁰¹, lo que no se configura en ordenamientos comparados. Al momento de aparecer el juez como expresión

²⁹⁸ BORDALÍ, Andrés. 2009. Op. Cit. p. 285.

²⁹⁹ BARBOSA, José. 2011. Op. Cit. p. 211.

³⁰⁰ PICÓ I JUNOY, Joan. 2011. Op. Cit. p. 128.

³⁰¹ HUNTER, Iván. 2010. El principio dispositivo y los poderes del juez. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. XXXV: pp. 157-158.

estatal, la consecuencia necesaria de ello es que la cuestión conflictiva ya no interesa únicamente a las partes, sino también al juez, quien, en vez de interesarse por el objeto litigioso, a diferencia de los litigantes, observará el proceso y su resultado, el que debe desenvolverse lo más eficientemente posible y concluirse lo más cerca posible de acuerdo a la verdad extraprocésal, a fin de dar vida al derecho sustancial que da aplicación³⁰².

De hecho, la pretensión de incorporar elementos inquisitivos a las facultades del juez se encuentra fundamentada en atenuar las consecuencias de un excesivo apego al principio dispositivo y no reflejan ninguna instauración de un régimen autoritario en el proceso³⁰³. Es considerar a la figura del juez más allá de la caricatura autómatas y formalista, permitiéndole apreciar los hechos por sí mismo, atenderlos en sus propios términos y decidir si es o no un caso especial, dimensión de la cual el garantismo es ciego, optando por una judicatura pasiva, primacía de la forma y una renuncia a la búsqueda de la verdad³⁰⁴.

Finalmente, hay dos reflexiones relevantes al respecto; la primera de ellas es que el debate existente sobre este punto no es meramente técnico, sino sustancialmente ideológico, pero no en el sentido que la doctrina garantista pretende imponer, esto es no en el juego de las ideas políticas dominantes en los sistemas políticos, sino la ideología sobre la función del proceso civil³⁰⁵, esto es, con independencia de la ideología política imperante en el sistema político en general, el siglo XX supuso la superación de la organización judicial del Estado decimonónico de mera abstención a uno activo en la materialización de ciertas garantías procesales. Es por esto que no es una cuestión sobre gobiernos más o menos liberales, ni proclives a una tendencia autoritaria, sino en atención a la concepción del rol de la justicia y los roles de las partes en él. La propuesta publicista para nuestra época pretende la construcción de un proceso que se construye no solo desde las partes o desde el juez, sino entre todos, en la cual al juzgador no solo le corresponden poderes de oficio de dirección o

³⁰² BORDALÍ, Andrés. 2009. Op. Cit. pp. 287-288.

³⁰³ SIMÓN, Luis. 2011. Op. Cit. p. 360.

³⁰⁴ TAPIA, Claudio. 2010. Op. Cit. 248.

³⁰⁵ TARUFFO, Michele. 2006. Op. Cit. p. 262.

de instrucción, sino además propone una intercomunicación con las partes, edificando una perspectiva participativa y, en definitiva, democrática.³⁰⁶

La segunda de estas reflexiones es que la incorporación de facultades oficiosas para el juez civil no apunta a la sustitución del principio dispositivo por un modelo que prescindiera de las partes, sino que, por el contrario, éste sigue siendo predominantemente dispositivo, aun con el incremento de facultades del tribunal, dado que quienes son las indicadas para proporcionar el material de hecho del mismo y de su iniciación o extinción siguen siendo las partes y el juez no podrá, por su parte, incursionar en cuestiones no alegadas por ellas³⁰⁷. La idea de vincular al juez con la tarea de la averiguación de la verdad acepta que no puede exigírsele a las partes un papel desinteresado en esta labor, debiendo compartir este deber con el tercero que sí está desinteresado. Indudablemente las partes por un lado y el juez por el otro asumen papeles distintos y sus respectivas facultades se estructuran en función de estos papeles. Precisamente, para evitar la desfiguración de la norma a través de jueces activistas, resulta imprescindible la mantención del control de las partes sobre su disputa mediante las herramientas que el propio ordenamiento les concede y la limitación de estas facultades, como PICÓ I JUNOY señalaba precedentemente³⁰⁸. TARUFFO correctamente aclara que estas tendencias transforman al juez en activo, mas no en inquisitivo y su rol es subordinado y complementario al de las partes, colmando sus vacíos³⁰⁹.

Sobre este último punto, es relevante volver brevemente a la distinción entre neutralidad e imparcialidad, ya que sin ella es posible caer en la comprensión de incompatibilidad que plantea el garantismo. Si comprendemos la neutralidad del juez y su imparcialidad como conceptos que aluden solamente a la calidad de terceros respecto del conflicto, necesariamente nos decantaríamos por la posición que los iguala, tratándolos como equivalente y concluyendo que sin neutralidad no hay imparcialidad. Pero esto es un error.

³⁰⁶ BERIZONCE, Roberto. 2019. Op. Cit. p. 488.

³⁰⁷ PEREIRA, Santiago. 2018. Principios estructurales del proceso civil: Regulación y aplicación en Uruguay. En: MITIDERO, Daniel. NIEVA, Jordi. OTEIZA, Eduardo. PRIORI, Giovanni. RAMÍREZ, Diana. TARUFFO, Michele (coordinadores). Los Principios Procesales de la justicia civil en Iberoamérica. Lima. Palestra. p. 503.

³⁰⁸ Véase en: “2.3.2.2. Frente a las críticas a las facultades materiales”.

³⁰⁹ TARUFFO, Michele. 2009. Op. Cit. pp. 357-358.

Los conceptos aluden a actitudes y funciones distintas para el juez, por un lado, la neutralidad apunta a la inercia del juez, mientras que la imparcialidad pretende que este no asuma una posición de parte o actúe en privilegio o perjuicio de alguna de ellas³¹⁰, con independencia del uso de facultades oficiosas. La imparcialidad se encuentra presente en ordenamientos con jueces neutrales y activos, cuya equidistancia que requiere el juez para actuar legítimamente no se pierde con el uso de sus potestades de actividad probatoria, desde que no muestre simpatía por alguna de las hipótesis de hecho para actuar³¹¹, resultando completamente posible la vigencia del principio dispositivo en su cariz esencial, como en el de aportación de parte, junto con una comprensión más extensiva de la función del proceso civil, mediante facultades de oficio de carácter material.

Siguiendo este razonamiento, la objeción garantista pierde sentido, dado que ambas opciones, un juez pasivo como uno activo, son posibles dentro del ordenamiento jurídico, sin ninguna objeción constitucional, de vulneración de principios formativos del procedimiento o de derechos de las partes, ya que consiste en la elección política-procesal respecto a las funciones que cumple el juez dentro del proceso.

La discusión precedente no debe ser confundida, entonces, por la caricatura que afirma que atribuirle facultades de oficio al juez civil es un intento estatal de adquirir para sí la disposición de los derechos privados de las partes, sino que es una posición que pretende una consecución de los objetivos sociales del proceso, que son igualmente legítimos que el de los particulares.

³¹⁰ HUNTER, Iván. 2020. Op. Cit. pp. 573-574

³¹¹ Ibid. p. 575.

3. CAPITULO III: Facultades officiosas del juez en España e Inglaterra

3.1. España: Ley de Enjuiciamiento Civil

3.1.1. Necesidad y antecedentes de la reforma del procedimiento civil español

En España a partir de este siglo comenzó a regir un nuevo código procesal civil, que contiene continuidades, rectificaciones y modificaciones importantes respecto del procedimiento civil anterior. Dentro de estos cambios importará un tránsito que consideraremos ambiguo respecto a las facultades de oficio del juez, pero para concluir ello debemos primero recapitular los momentos históricos que exigieron iniciar un proceso de reforma y, posteriormente qué instituciones fueron introducidos y otras derogadas, para comprender nuestra conclusión.

La tradición liberal clásica en España como revisamos precedentemente data de 1855 y 1881, pero pese al aparente acuerdo detrás de los ideales rectores del procedimiento civil y la continuidad de los principios fundamentales de una a la otra³¹², no es menos cierto que de acuerdo a MONTERO, produjo igualmente una reacción doctrinal importante invitando a su inmediata reforma, pero lo certero es que la ley se mantuvo intacta alrededor de 50 años y durante los primeros 30 años del siglo XX, una segunda oleada de críticas no impidió que la LEC se mantuviera incólume³¹³.

Fue recién desde la década de 1980 que se registran modificaciones relativamente importantes, las que hicieron ver que la situación de la litigación civil resultaba insostenible en la realidad urbana de España de la época, la que difería radicalmente de los tiempos de la LEC de 1881 cuya sociedad era predominantemente rural, lo que resultaba incomparable con las necesidades de la sociedad moderna que se adentraba en los últimos años del siglo XX³¹⁴.

³¹² Véase en: “1.1.3. Expresión y expansión del proceso civil liberal”.

³¹³ MONTERO, Juan. 2000. Op. Cit. p. 601.

³¹⁴ Ibid. p. 602.

Pese a que en 1984 y 1992 se registraron dos reformas parcialmente importantes, ambas expresamente excluyeron pretender reformar de manera sistemática el ordenamiento de justicia, lo que recién se abordó en 1997 mediante un borrador difundido por el Ministerio de Justicia, remitido a las Cortes a finales de 1998 como proyecto de ley, materializándose en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil³¹⁵. Poco antes de la difusión del Anteproyecto de ley, el Consejo General del Poder Judicial redactó el denominado “Libro Blanco de la Justicia” en 1997, el que contiene importantes reflexiones en torno a la situación de la Administración de Justicia de España que tuvo una notable influencia en el desarrollo posterior de la LEC, el que además de identificar las dilaciones y la excesiva duración de los procedimientos como la principal deficiencia de la litigación, incluye factores procesales y de carga de trabajo en su análisis, concluyendo que una futura regulación debe reforzar más los poderes del juez³¹⁶.

Si las leyes de enjuiciamiento civil de 1855 y 1881 se limitaron a codificar el procedimiento ordinario civil del *ius commune*, la nueva LEC supuso finalmente la ruptura con esta tradición³¹⁷.

3.1.2. Facultades del juez en el procedimiento español

Analizaremos tres manifestaciones de la iniciativa probatoria del tribunal, a saber; la dirección formal del procedimiento a manos del juez, la indicación de insuficiencia probatoria del artículo 429 LEC y, finalmente, las diligencias finales del artículo 435 LEC.

3.1.2.1. Dirección formal del procedimiento

³¹⁵ Ibid. p. 603.

³¹⁶ ETXEBERRÍA, José. 2003. Las facultades judiciales en materia probatoria en la LEC. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. pp. 173-175

³¹⁷ MONTERO, Juan. 2000. Op. Cit. p. 626.

Como señalamos en el Segundo Capítulo, las facultades oficiosas del juez pueden diferenciarse entre aquellas de dirección formal y material del procedimiento, según si ellas influirán o no en el fondo del resultado del proceso³¹⁸.

La LEC contempla facultades oficiosas que atienden al control de la regularidad (formal o técnica) de los actos procesales, mediante el control de los presupuestos procesales, como también para impulsar el procedimiento para su desarrollo de etapa a otra, sin que ellas se refieran a la determinación del contenido de la sentencia³¹⁹.

En primer lugar, respecto al control de los presupuestos procesales, nos remitimos a la delimitación teórica entre presupuestos propiamente tales e impedimentos planteada por MONTERO precedentemente³²⁰. En este escenario conceptual, la nueva LEC contempla un aumento de facultades del juez sobre los presupuestos procesales en contraposición con la tradición de la legislación procesal del siglo XIX, que consideraba una limitada y reducida intervención del tribunal en el control de estos presupuestos³²¹.

Es el artículo 416 LEC el que habilita al tribunal para que, en la audiencia previa, resuelva de oficio cualquier circunstancia que pueda impedir el válido devenir y término del proceso, en los siguientes términos: *“el tribunal resolverá, del modo previsto en los artículos siguientes, sobre cualesquiera circunstancias que puedan impedir la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo”*, enumerando a continuación una serie de circunstancias que requieren especial atención.

Es evidente que el propósito de la disposición es evitar el desarrollo inadecuado o infructuoso de una determinada causa, sin esperar la intervención de la parte contraria para alegar alguna de las circunstancias precedentes, lo que posibilita que sean conocidos conflictos que cumplen con los requisitos de validez esenciales y terminen con una sentencia sobre el fondo y que no se vea frustrada por impedimentos o defectos meramente formales.

³¹⁸ Véase en: “2.2. Facultades oficiosas del juez: Tipos de clasificación de las facultades del juez en lo civil”.

³¹⁹ MONTERO, Juan. 2000. Op. Cit. p. 641.

³²⁰ Véase en: “2.2.1.1. Regulación de los presupuestos y requisitos de los actos procesales”.

³²¹ MONTERO, Juan. 2000. Op. Cit. pp. 642-643.

La audiencia previa es caracterizada como una instancia de participación y presencia activa del juez y requiere de su presencia inexcusable, lo que ha permitido que se deje atrás la imagen del juez lejano que solo se acercaba al conflicto para fallar, optando por un juez prudentemente protagonista³²².

Por su parte, en segundo lugar, respecto al impulso de oficio, que se refiere al deber impuesto al tribunal para hacer avanzar el procedimiento dentro de una misma instancia, que permite constante progresión de la causa, fue incorporado a la Ley de Enjuiciamiento Civil en 1924, año en el cual se modificó el entonces vigente principio de impulso de parte a la atribución de este poder de oficio al tribunal, que se mantiene con la nueva LEC, en su artículo 179.

Relacionado con la dirección del procedimiento, el legislador de la LEC cambió la orientación de la apertura del periodo de prueba, trasladando la responsabilidad de solicitud desde las partes al tribunal. ETXEBERRÍA indica que, en la legislación derogada, al menos uno de los litigantes debían solicitar que se recibiera el pleito a prueba en el caso del juicio de mayor cuantía³²³, lo que es modificado por el artículo 429.1 LEC que dispone que si no hubiere acuerdo en las partes para finalizar el litigio en la audiencia preliminar, ni existiera conformidad sobre los hechos, la audiencia proseguirá para la proposición y admisión de la prueba, lo que si bien no se contempla un trámite expreso, esto se debe al carácter esencialmente oral de esta etapa del juicio, fluyendo la apertura del periodo de prueba ya no como un acto procesal más a solicitud de parte, sino como una fase más de la audiencia³²⁴.

3.1.2.2. Indicación de insuficiencia probatoria

³²² PÉREZ-RAGONE, Álvaro. PALOMO, Diego. 2009. Oralidad y prueba: Comparación y análisis crítico de las experiencias reformadoras del proceso civil en Alemania y España. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. XXXII: p. 390.

³²³ ETXEBERRÍA, José. 2003. Op. Cit. p. 199.

³²⁴ Ibid. pp. 204-205.

La LEC del año 2000 incorpora una importante novedad en materia de iniciativa probatoria de oficio, que se encuentra contenida en el artículo 429.1.II, intervención que tuvo su origen en el debate parlamentario, pues ni el Anteproyecto ni el Proyecto de LEC ingresado a las Cortes lo contenían³²⁵. El texto final del artículo citado es una especie redacción de compromiso, como una especie de solución pacífica entre las tendencias liberal del inicial Proyecto y publicista, a partir de una enmienda del grupo parlamentario socialista³²⁶.

“Artículo 429. Proposición y admisión de la prueba. Señalamiento del juicio.

1. Si no hubiese acuerdo de las partes para finalizar el litigio ni existiera conformidad sobre los hechos, la audiencia proseguirá para la proposición y admisión de la prueba. (...)

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

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

A modo de contextualización, esta es una facultad que se le confiere al juez durante la audiencia previa, debiendo cumplir dos papeles; uno necesario y otro eventual, el primero de ellos se refiere a la admisión de la prueba propuesta por las partes y, el segundo, contenido en el apartado estudiado a continuación, en el señalamiento de la eventual insuficiencia probatoria de los medios probatorios propuestos³²⁷.

³²⁵ Ibid. p. 268.

³²⁶ PICÓ I JUNOY, Joan. 2007. Op. Cit. p. 124.

³²⁷ HUNTER, Iván. 2020. Op. cit. p. 508.

Para analizar la norma en particular, debemos hacer presente que la misma tiene dos partes que le dan sentido, por un lado, frente a la insuficiencia de la prueba, el legislador español utiliza la frase “*pondrá de manifiesto*”, esta deficiencia, y a continuación, le otorga la posibilidad al tribunal de señalar los medios propicios para salvar esta insuficiencia. La discusión doctrinal se centra en la primera parte de la norma, pues hay autores que observan en ella una mera facultad discrecional, que vendría ser la posición mayoritaria y la recogida por la jurisprudencia uniforme, mientras que la doctrina minoritaria observa un deber. Claramente, esta discusión estará sujeta a todo el debate precedente en el Segundo Capítulo³²⁸, puesto que, si un operador está inclinado a un rol activo del tribunal, estará más de acuerdo con una interpretación amplia del artículo 429.1.II LEC³²⁹. Desde ya adelantamos que nos inclinamos por la posición minoritaria, cuestión que abordaremos al finalizar este apartado.

Antes de abordar ambas posiciones, primero hay que delimitar el contenido del señalamiento, lo que no es contradicho por los autores. En este sentido, resulta lógico que la norma no solo incluya el señalamiento de la circunstancia de insuficiencia a un nivel general, sino que indique expresamente los hechos afectados por ella, puesto que no sería lógico una exhortación genérica, sino que por el contrario, viene de suyo que el señalamiento sea preciso, dado que el fundamento de la facultad no es una preocupación abstracta de la eventual carencia de sustento probatorio, sino una preocupación concreta respecto del devenir de la actividad probatoria, manifestando una actuación cuyo propósito es determinado y concreto: que las partes subsanen la falta de prueba.

También, la segunda parte de la norma no resulta problemática, pues aligera el aparente carácter oficioso de la primera parte del artículo, ya que una vez señalada la insuficiencia, el tribunal solo podrá indicar el medio de prueba adecuado para subsanar la misma, es decir, las partes conservarán la última palabra en la incorporación del material probatorio sugerido, careciendo el tribunal de facultad para, inquisitivamente, encontrar el

³²⁸ Véase en: “2.3. Voces críticas de las facultades oficiosas”.

³²⁹ HUNTER, Iván. 2020. Op. Cit. p. 510.

medio de prueba e introducirlo directamente al procedimiento, dado que no supone un quebramiento del principio dispositivo, al mantener las partes la exclusividad de la determinación del objeto litigioso³³⁰, quedándole vedada la deducción de nuevas fuentes de pruebas extraídas por antecedentes distintos de los proporcionados por las partes, manteniendo coherencia con una exigencia unánimemente aceptada para la vigencia de la segunda noción del principio dispositivo, de acuerdo a lo revisado *supra*³³¹. En este respecto, ABEL resume esta parte de la norma como una facultad de propuesta, concreta, potestativa y limitada, dado que su finalidad es permitirle al juez aconsejarles a las partes las pruebas que le parecen convenientes y es limitada en cuanto se debe ceñir a los elementos probatorios que constan en la causa³³². El tiempo verbal utilizado por el legislador es claro respecto al carácter no vinculante de la sugerencia³³³. Indudablemente, este será una advertencia que el litigante deberá enfrentar en algún momento, siendo ingenuo pensar que el litigante advertido frente a un señalamiento expreso de insuficiencia de su material probatorio mantenga e insista en su posición³³⁴, sirviendo como antecedente útil para evitar la aplicación del *onus probandi* una vez terminada la práctica de la prueba.

Ahora bien, como adelantamos precedentemente, es la primera parte de la norma del artículo 429.1 LEC el que suscita diversas interpretaciones en cuanto a su naturaleza meramente facultativa o imperativa para el tribunal.

La posición mayoritaria es la primera de estas alternativas, sustentada por planteamientos de ABEL y de ETXEBERRÍA, como de la jurisprudencia uniforme de los tribunales de España. Los principales argumentos son los siguientes: (i) la ubicación de la disposición en el cuerpo de la LEC, en la etapa de la audiencia previa del juicio ordinario, impide que sea exigible al tribunal el ejercicio de esta facultad, puesto que la conclusión de suficiencia o insuficiencia es incierta al no haberse practicado ninguna prueba aún, consiste en un ejercicio subjetivo no controlable jerárquicamente, (ii) es una norma excepcional,

³³⁰ PICÓ I JUNOY, Joan. 2007. Op. Cit. p. 127.

³³¹ Véase en: “2.1.1. Principio dispositivo”.

³³² ABEL, Xavier. 2005. Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil. Editorial J.M. Bosch. Barcelona. p. 138.

³³³ ETXEBERRÍA, José. 2003. Op. Cit. p. 286.

³³⁴ Ibid. p. 287.

contraria al principio dispositivo y de aportación que impregna toda la normativa probatoria de la LEC y (iii) es una facultad que no tiene como objeto la sustitución de la labor probatoria de las partes ni su negligencia.

El primer argumento de la doctrina mayoritaria señala que el legislador español, al colocar la disposición en la audiencia previa supone que interpretarla como obligación puede resultar inconveniente en cuanto se desconoce en ese entonces si las pruebas propuestas por las partes tendrán algún resultado esclarecedor respecto de todos los hechos, debiendo el juez en cambio, para ejercer esta facultad suponer que las pruebas presentadas en la audiencia serán suficientes en un futuro, lo que restringiría su ejercicio a una hipótesis de insuficiencia manifiesta. Entonces, es una facultad que no puede ser controlable al depender fundamentalmente en un criterio subjetivo, y la jurisprudencia así lo reafirma, según la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife el 19 de febrero de 2021:

“SEGUNDO: (...) a la vista de su interpretación conjunta, sistemática y finalista, que se trata de una facultad judicial condicionada a la subjetiva constatación sobre la insuficiencia de las pruebas ya propuestas para acreditar los hechos controvertidos, (...) tratándose de una apreciación subjetiva que difícilmente podrá ser objeto de control externo y a posteriori por otro órgano judicial para imponer su propio criterio, (...) En definitiva, el artículo invocado recoge un mecanismo para facilitar la convicción judicial sobre los hechos controvertidos mediante la facultad de integración probatoria, pero no impone al juez un deber de controlar la suficiencia probatoria en la inicial fase de la audiencia prevista, ni existe una garantía absoluta que, aun con indicación de insuficiencia probatoria, las nuevas pruebas acrediten los hechos controvertidos”³³⁵(énfasis agregado).

Es decir, para esta jurisprudencia, es precisamente el carácter subjetivo del señalamiento, que se origina en la prontitud del análisis de suficiencia probatoria, lo que justificaría su carácter facultativo y exento de control.

³³⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife del 19 de febrero de 2021. SAP TF 101/2021.

Respecto al segundo argumento de la doctrina mayoritaria, la jurisprudencia la ha recogido uniformemente. En este sentido, el Tribunal Supremo de España en sentencia de marzo del 2013 y la Audiencia Provincial de Oviedo en sentencia del 13 de abril de 2021, señalan lo siguiente:

*“SEGUNDO: 5.- (...) Ciertamente es que esta novedosa institución procesal no encaja con uno de los principios esenciales del procedimiento, como es el de justicia rogada o principio dispositivo, una de cuyas manifestaciones es la de dejar a la iniciativa de las partes la aportación de las pruebas que consideren necesarias a su derecho. (...) Este mecanismo procesal es, además discrecional. Surge de la mera consideración del juez de que las pruebas propuestas no son suficientes para esclarecer los hechos. (...) Consiguientemente, su omisión no supone infracción de las normas del proceso ni afecta al derecho de las partes causándoles indefensión.”*³³⁶ (énfasis agregado)

*“PRIMERO: (...) No es dado imputar infracción del artículo 429.1 LEC, que contempla, no un trámite preceptivo, sino una facultad judicial en la audiencia previa al juicio, facultad discrecional y de ejercicio necesariamente excepcional y prudente para no vulnerar el principio dispositivo imperante con carácter general en el proceso civil (...)”*³³⁷

Es decir, para esta interpretación judicial, al erigirse este precepto como una excepción al principio dispositivo, necesariamente carece de imperatividad. ETXEBERRÍA indica que, considerando el carácter trascendental de la iniciativa probatoria para el devenir del procedimiento y del comportamiento de las partes, admitir la imperatividad de la disposición es alterar los principios fundantes de la LEC³³⁸. No obstante, lo anterior, hay que hacer mención que la inclusión del principio de aportación de parte dentro del principio dispositivo es un retroceso a las consideraciones doctrinales modernas del publicismo que

³³⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de España, del 7 de marzo de 2013. STC 854/2013.

³³⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo del 13 de abril de 2021. SAP O 1248/2021.

³³⁸ ETXEBERRÍA, José. 2003. Op. Cit. p. 271.

vimos precedentemente³³⁹ y es uno de los motivos por el cual rechazamos esta comprensión restrictiva de la disposición estudiada.

El tercer argumento de la doctrina mayoritaria establece que pretender considerar como imperativa la facultad del artículo 429 LEC es equivalente a exigir el reemplazo de la actividad probatoria de las partes, por una supervigilancia de parte del juez. El Tribunal Supremo de Justicia de Cataluña señala lo siguiente:

“3.1. (...) En efecto, el ejercicio de la facultad judicial prevista en el art. 429.1.2 LEC presupone, en primer lugar, que exista uno o más hechos controvertidos; en segundo lugar, que exista una cierta, aunque deficitaria, actividad probatoria de las partes que la iniciativa judicial está llamada a completar, pero en ningún caso a suplir; y en tercer lugar, que el juez emita un juicio, necesariamente apriorístico y provisional, sobre la insuficiencia de la prueba propuesta y todavía no practicada para acreditar el hecho o hechos controvertidos.”³⁴⁰

El carácter complementario de la actividad jurisdiccional de oficio impediría su entendimiento imperativo, a fin de mantener la vigencia y preeminencia de la actividad de las partes en esta materia.

PÉREZ-RAGONE y PALOMO señalan, coincidiendo con este planeamiento mayoritario, que su aplicación se reduce a supuestos de insuficiencia manifiesta y clara de pruebas que sin lugar a duda son conducentes a un resultado concreto incompleto o bien, casos de mero olvido en la proposición de las pruebas³⁴¹.

UREÑA sintetiza elocuentemente la interpretación judicial reiterada respecto al alcance del artículo 429 LEC, en cuanto la jurisprudencia se limita a atribuirle al juez una simple facultad, denominada de integración probatoria o juicio de suficiencia de prueba, que está condicionada a la subjetiva constatación de insuficiencia y es establecida por el

³³⁹Véase en: “2.1.1. Principio dispositivo” y “2.3.2.2. Frente a las críticas a las facultades materiales”.

³⁴⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de Cataluña del 17 de diciembre de 2012. STSJ 79/2012.

³⁴¹ PÉREZ-RAGONE, Álvaro. PALOMO, Diego. 2009. Op. Cit. p. 401.

legislador como causa de para facilitar la convicción sobre los hechos controvertidos, sin que ello signifique suplir la inactividad de las partes o su deficiente comportamiento, dada una interpretación sistemática y conjunta de toda la normativa de prueba del proceso civil³⁴².

Sin embargo, como adelantamos al principio de este apartado, nos inclinamos a rechazar este entendimiento restringido y optamos por la comprensión minoritaria del alcance del artículo 429.1 LEC, esto es, entender su primera parte como un deber y un ejercicio imperativo del tribunal al identificar la insuficiencia probatoria. El principal expositor de esta posición es PICÓ I JUNOY, quien explica que, en primer lugar, para su adecuada comprensión debemos atender su tenor literal, dado que esta disposición está redactada en términos imperativos (“lo pondrá de manifiesto”) y no condicionales, a diferencia de su segunda parte (el tribunal “podrá”)³⁴³ y, en segundo lugar, habrá que relacionar la disposición sistemáticamente con el mandato constitucional de tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución española, en cuanto esta tutela no es una desligada de la veracidad de los hechos acaecidos realmente y uno de los medios que el propio legislador ha creado para propiciar que las resoluciones de los conflictos jurisdiccionales se resuelvan conforme a esta premisa, es precisamente esta disposición³⁴⁴. La propia Ley de Enjuiciamiento Civil materializa esta necesidad y misión de veracidad mediante la incorporación del artículo estudiado, impidiendo que el juez se reserve la insuficiencia hasta la dictación de la sentencia, debiendo señalarlo a los litigantes.

Igual que UREÑA, consideramos que la posición que mejor comprende la función de esta iniciativa probatoria de oficio en relación con lo previamente indicado es la imperatividad del señalamiento de insuficiencia, puesto que la interpretación tradicional y la posición jurisprudencial mayoritaria, parten de la premisa equivocada que es que el precepto leído en tono imperativo pretende reemplazar a la parte negligente, cuando en realidad lo que estaría ejercitando el juez es una garantía procesal de complementación de su actividad

³⁴² UREÑA, Belén. 2014. La prueba de oficio en el proceso civil español (El “deber judicial de completitud de la prueba” del artículo 429.1 LEC). *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*. (3): pp. 20-21.

³⁴³ PICÓ I JUNOY, Joan. 2007. *Op. Cit.* p. 127.

³⁴⁴ Véase en: “2.3.2.2. Frente a las críticas a las facultades materiales”.

probatoria, denominado “deber judicial de completitud de prueba”³⁴⁵. Este deber está inspirado en el derecho de tutela judicial efectiva y la función pública del proceso civil entendido desde una perspectiva tridimensional, constituyendo también una herramienta más para una mejor configuración probatoria en beneficio de las partes.

Además, respecto a la crítica del inconveniente del momento en el cual se señala la insuficiencia probatoria, el precepto asume que, con anterioridad a la celebración de la audiencia previa, para poder ejercer la facultad, existe un análisis previo de los antecedentes de la causa y en ningún caso el legislador prevé la utilización de adivinanzas para ello ni tampoco es responsabilidad de la disposición la falta de diligencia con la que el letrado acuda a la audiencia³⁴⁶. Mismo argumento es utilizado por HUNTER, en cuanto la legislación presupone que el tribunal se encuentra enterado de los hechos alegados, el objeto del proceso y la prueba ofrecida, no constituyendo mayor labor para el mismo, sirviendo como herramienta de un juez prudente y diligente³⁴⁷, el que en cualquier caso debe constituir la regla general en cualquier ordenamiento jurídico.

Es también criticable de la posición jurisprudencial, que el entendimiento del principio dispositivo, que absorbe al principio de aportación de parte es una concepción tradicionalista, expresada en la STS 854/2013 que la corriente publicistas del proceso civil ha superado precisamente para dar cabida a las iniciativas probatorias de oficio³⁴⁸, que no se ve reflejada en esta argumentación.

Es importante también considerar que, la finalidad de la herramienta introducida en la LEC, sirviendo como medio para alcanzar un proceso eficaz mediante la adquisición de posiciones fácticas sólidas, ayudando esta instancia a que el tribunal pueda formarse una mejor aproximación a la verdad, aun cuando la facultad no resuelva en ningún caso de modo absoluto alcanzar un material probatorio completo³⁴⁹. Además, señala el mismo autor, si la

³⁴⁵ UREÑA, Belén. 2014. Op. Cit. p. 22.

³⁴⁶ Ibid. 23 y 27.

³⁴⁷ HUNTER, Iván. 2020. Op. Cit. p. 520.

³⁴⁸ Véase en: “2.3.2.2. Frente a las críticas a las facultades materiales”.

³⁴⁹ HUNTER, Iván. 2020. Op. Cit. p. 516.

Exposición de Motivos de la LEC 1/2000 pide una confianza hacia lo resuelto en primera instancia, es razonable concluir que para ello debe desarrollarse en ella la mejor aproximación de los presupuestos fácticos para una resolución conforme a derecho, mediante la utilización de los medios que la propia legislación dispone³⁵⁰. En la misma línea, la finalidad que persigue la disposición es otorgar una herramienta de ayuda en el esclarecimiento de los hechos, pues para que el juzgador alcance la verdad sobre los hechos debe, necesariamente, conocer solamente la prueba rendida³⁵¹, permitiéndole hacerles ver a las partes de la incompletitud de las propuestas.

Concluimos que, la forma adecuada y consistente con los principios modernos del derecho procesal para interpretar el primer apartado del artículo 429.1 LEC, debe reconocer la existencia de un Estado social y democrático de Derecho en España, en el que se acepta que la forma de concebir una justicia efectiva es a través de jueces que no solo ostenten con facultades de dirección formal, sino también material, para la maximización de la eficiencia del proceso y cuya una de sus herramientas es la iniciativa probatoria del juez civil, materializada en el artículo 429 LEC, complementando la actuación de las partes puesto que la finalidad de la introducción de esta disposición es el esclarecimiento de los hechos controvertidos³⁵². La forma de alcanzar la maximización de la eficiencia y concretar el objetivo de la verdad en el proceso no puede alcanzarse mediante pretensiones meramente formales, sino que exige que el poder o facultad de completitud de la prueba sea leído en forma abierta en atención a su propósito final³⁵³, para darle materialidad a los principios antes enunciados. De lo contrario, una lectura restringida del estudiado artículo perpetuará una mirada tradicional de la posición del juez en el proceso civil.

3.1.2.3. Diligencias finales

³⁵⁰ Ibid. p. 517.

³⁵¹ ANGULO, Teresa. 2015. Las diligencias finales y la iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil. Memoria para optar al grado de doctor. Universidad Complutense de Madrid. pp. 194-195.

³⁵² UREÑA, Belén. 2014. Op. Cit. pp. 29-30.

³⁵³ Ibid. p. 34.

Una de las novedades que trajo consigo la nueva LEC es la derogación de las antiguas diligencias para mejor resolver y la inclusión de las diligencias finales, que suplantaron una institución que se remontaba desde las Partidas de Alfonso X³⁵⁴, las que, pese a similar terminología, constituyen figuras distintas que solo traen en común el momento procesal en el que se llevan a cabo³⁵⁵.

Las diligencias para mejor resolver, según HUNTER, “son actos de prueba propuestos por el juez y que tienen por objeto intentar disipar la duda o incerteza de un hecho controvertido una vez se ha producido toda la prueba relevante”³⁵⁶, las que fueron introducidas por diversos ordenamientos jurídicos, entre ellos el Código de Procedimiento Civil chileno con el nombre de medidas para mejor resolver. Según el mismo autor, responden a la lógica de un juez pasivo que solo tiene a su disposición todo el material de la causa antes de dictar sentencia, lo que explica por qué, pese a ser una institución propia de facultad de oficio del juez, no fue recogida por los ordenamientos que siguieron los planteamientos de KLEIN, dado que estos sistemas introducen las intervenciones de los tribunales en materia probatoria en las audiencias preliminares³⁵⁷.

Como veremos a continuación, las diligencias finales y las diligencias para mejor resolver no son equivalentes ni una es la heredera de la otra. Tienen, además, funcionamiento disímil, en cuanto las diligencias finales son acordadas por regla general mediante iniciativa de las partes y excepcionalmente a iniciativa del tribunal³⁵⁸, alterando la estructura típica de las diligencias para mejor resolver, que constituían una facultad inquisitiva del juez civil español. Veremos su estructura y las escasas aplicaciones posibles en cuanto facultad de oficio del tribunal:

“Artículo 435. Diligencias finales. Procedencia.

³⁵⁴ ANGULO, Teresa. 2015. Op. Cit. p. 255.

³⁵⁵ Ibid. p. 256.

³⁵⁶ HUNTER, Iván. 2020. Op. Cit. p. 538.

³⁵⁷ Ibid.

³⁵⁸ ANGULO, Teresa. 2015. Op. Cit. p. 258.

1. Sólo a instancia de parte podrá el tribunal acordar, mediante auto, como diligencias finales, la práctica de actuaciones de prueba, conforme a las siguientes reglas:

1.ª *No se practicarán como diligencias finales las pruebas que hubieran podido proponerse en tiempo y forma por las partes, incluidas las que hubieran podido proponerse tras la manifestación del tribunal a que se refiere el apartado 1 del artículo 429.*

2.ª *Cuando, por causas ajenas a la parte que la hubiese propuesto, no se hubiese practicado alguna de las pruebas admitidas.*

3.ª *También se admitirán y practicarán las pruebas pertinentes y útiles, que se refieran a hechos nuevos o de nueva noticia, previstos en el artículo 286.*

2. Excepcionalmente, el tribunal podrá acordar, de oficio o a instancia de parte, que se practiquen de nuevo pruebas sobre hechos relevantes, oportunamente alegados, si los actos de prueba anteriores no hubieran resultado conducentes a causa de circunstancias ya desaparecidas e independientes de la voluntad y diligencia de las partes, siempre que existan motivos fundados para creer que las nuevas actuaciones permitirán adquirir certeza sobre aquellos hechos.

En este caso, en el auto en que se acuerde la práctica de las diligencias habrán de expresarse detalladamente aquellas circunstancias y motivos.”

Puesto que este trabajo se limita al estudio y análisis de facultades de oficio del tribunal, nos referiremos únicamente al segundo apartado del artículo 435 LEC, enfocándonos en la excepcionalidad de la actividad probatoria del tribunal.

Este apartado habilita al juez, de manera excepcional, a la reproducción de prueba ya practicada, que por diversos motivos no llegó a exitoso resultado. De la literalidad del precepto entendemos dos características esenciales; primero, que sus requisitos son numerosos, por lo que no cabe duda de su excepcionalidad³⁵⁹ y, en segundo lugar, que su

³⁵⁹ ETXEBERRÍA, José. 2003. Op. Cit. p. 373.

objetivo no es la introducción de prueba nueva. La LEC, entonces además de eliminar o suprimir las diligencias para mejor resolver, que consistía en una verdadera iniciativa probatoria de oficio en materia probatoria, introduce tímidamente esta ligera facultad que es compartida con las partes, por la inclusión de los términos “o a instancia de parte” en el artículo 435.2 LEC³⁶⁰.

Los requisitos que necesitan concurrir para que el juez, o las partes, puedan decretar diligencias finales son los siguientes: (i) que ellas versen sobre hechos relevantes, esto es que interesen a efectos de dirimir la resolución del conflicto; (ii) que ellos hayan sido oportunamente alegados, con el objeto de evitar que pueda introducirse nuevos hechos por esta vía a estas alturas últimas del debate y; (iii) que las pruebas que se hayan realizado anteriormente sobre esos hechos, hayan arrojado resultados negativos, por causas que lo hayan impedido, es decir, se requiere que el resultado negativo de la prueba sea consecuencia de un impedimento que la haya frustrado³⁶¹. Es decir, no se erigen como una institución facultativa al tribunal, sino que previamente requiere la concurrencia de estas circunstancias eventuales, quien ya “no dispone de la amplitud de acción que éstas [las diligencias para mejor resolver] les conferían, sino que, ahora viene limitado al cumplimiento de unos requisitos para poder actuar”³⁶².

Además, aun cuando los requisitos generales anteriormente indicados se cumplieran, el artículo exige aún más: (iv) que las pruebas anteriores no hubieran prosperado por circunstancias desaparecidas e independiente de la voluntad de las partes y (v) que existan motivos fundados para creer que las nuevas actuaciones permitan dar certeza sobre los hechos. En palabras de ETXEBERRÍA: “para colmo, de atreverse el tribunal a hacer uso de dicha facultad excepcional, el párrafo segundo del apartado segundo le impone el deber de expresar en el auto en que acuerde las diligencias detalladamente aquellas circunstancias y motivos”³⁶³ por los que esta vez su práctica será exitosa, denotando una importante desconfianza respecto de la institución. Este último requisito es una sorpresa para la doctrina,

³⁶⁰ ANGULO, Teresa. 2015. Op. Cit. p. 282.

³⁶¹ Ibid. pp. 282-283.

³⁶² Ibid. p. 283.

³⁶³ ETXEBERRÍA, José. 2003. Op. Cit. pp. 373-374.

pues además impone el deber de alcanzar la justificación de que se tiene certeza sobre el resultado de la ejecución de la prueba³⁶⁴. A modo de ejemplo puede mencionarse el testigo que fue llamado a declarar, pero en esta oportunidad está relevado de la obligación de guardar secreto o el documento cuya exhibición íntegra no pudo realizarse en la primera ocasión, etc.³⁶⁵

Si bien, alguna doctrina podrá entender que la disposición estudiada permitiría que se decretaren pruebas propuestas y admitidas, pero no practicadas, esto no es así. Coincidimos, en este punto con ETXEBERRÍA, quien señala que la literalidad del artículo no permite la práctica de nuevas pruebas de parte del juez, a diferencia de las medidas para mejor resolver, sino que el legislador se refiere a la práctica “de nuevo pruebas”, en el sentido de que se trata de una actuación que se realiza nuevamente y no una nueva actuación³⁶⁶. Aun cuando a nuestro parecer esta habría sido la mejor opción legislativa, como señalaremos a continuación, no consideramos acertada una laxitud de la interpretación sin sustento literal.

Sin duda, el carácter restringido que el legislador español le ha otorgado a las diligencias finales es criticable en varios sentidos, puesto que la vuelve prácticamente imposible y si el legislador restringe su aplicación a hechos que fueron oportunamente alegados y a pruebas ya practicadas, no es comprensible tanta excepcionalidad, si se trata de una repetición de una prueba que es requerida para fundamentar la convicción sobre el fondo del asunto discutido³⁶⁷. Nos parece excesiva la exigencia, no solo porque a lo largo de este trabajo hemos defendido la relevancia de la iniciativa probatoria de oficio, sino que tanta exigencia dificulta su introducción práctica en la realidad jurídica, tendiendo a un uso erróneo o simplemente su desuso. Además, al eliminar las diligencias para mejor resolver, cuando el juez tenga duda antes de dictar sentencia no podrá recurrir a las diligencias finales, porque ella se restringe a otorgarla una oportunidad a la parte para practicar los medios probatorios propuestos, ya sea a instancia del tribunal o de la parte, careciendo el juzgador de un

³⁶⁴ ANGULO, Teresa. 2015. Op. Cit. p. 285.

³⁶⁵ ARSUAGA, José. 2015. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil. En: MARÍN, Francisco (Director). Editorial Tirant lo Blanch. p. 1930.

³⁶⁶ ETXEBERRÍA, José. 2003. Op. Cit. p. 375.

³⁶⁷ ANGULO, Teresa. 2015. Op. Cit. p. 287.

instrumento para solucionar esta incertidumbre antes de tener que recurrir a la carga de la prueba como única solución posible³⁶⁸.

Esta crítica es también extensible a toda la reforma de la LEC, pues el ejercicio de complementación de la prueba en la audiencia previa, aun siendo una institución novedosa y útil, solo es admisible en una circunstancia eventual, que es la insuficiencia probatoria, careciendo de un poder generalizado de intervención en materia probatoria, a diferencia del ordenamiento anterior. Esto demuestra una ambigüedad criticable al legislador español.

3.2. Inglaterra y Gales: *Civil Procedure Rules*

3.2.1. Reforma del procedimiento civil inglés

3.2.1.1. Necesidad y antecedentes de la incorporación de las *Civil Procedure Rules*

Tal como se señaló precedentemente³⁶⁹, el procedimiento civil inglés fue reformado mediante la introducción en 1998 de las *Civil Procedure Rules*, la que varió la forma tradicional de comprender el proceso civil desde una mirada restringidamente adversarial, fundada en la supremacía de los contrincantes para enmarcar su propia controversia³⁷⁰, caracterizada por un rol de “reacción” del tribunal a las solicitudes de las partes, limitándose a dar algunas instrucciones que carecían de naturaleza imperativa³⁷¹, hacia una mirada tridimensional, con un activo papel del tribunal, en los términos señalados por GARCÍA y ZUCKERMAN, en el Primer Capítulo³⁷².

³⁶⁸ Ibid. pp. 293-294.

³⁶⁹ Véase en: “1.2.2. Una alternativa para la justicia civil”.

³⁷⁰ VORRASI, Kenneth. 2004. *England's Reform to Alleviate the Problems of Civil Process: A comparison of Judicial Case Management in England and the United States*. *Journal of Legislation* (30): p. 364.

³⁷¹ TURNER, Robert. 2009. ‘Actively’: *The word that changed the civil courts*. En: DWYER, Déirdre. 2009. *The Civil Procedure Rules. Ten Years On*. Oxford University Press. p. 79.

³⁷² Véase en: “1.2.1.1. Crisis en la justicia civil y el cambio de paradigma en su estudio”.

En varias ocasiones se describe el procedimiento civil *pre-WOOLF* como un juego desarrollado por profesionales, pero en reiteradas ocasiones con resultados injustos e inequitativos para los mismos litigantes³⁷³.

De acuerdo a BURN, en el último siglo, cerca de 50 *enquiries and reviews* (consultas y reseñas) se han realizado, sin que ninguna de esas reformas haya podido impactar de manera relevante en el costo, complejidad o demora del sistema procesal civil, que eran catalogadas como las grandes deficiencias sistémicas del proceso civil³⁷⁴.

El camino hacia las *Civil Procedure Rules* comenzó en marzo de 1994, cuando el *Lord Chancellor MACKAY*, encargó al comisionado *Lord WOOLF*, evaluar el estado actual de la entonces litigación civil en Inglaterra, dada la creciente idea pública de que el sistema legal no estaba garantizando un acceso igualitario a él ni actuaba de manera eficiente ni eficaz para la reducción de costos y duración, que caracterizaba al complejo sistema judicial civil³⁷⁵. Las recomendaciones debían tener especial atención en asegurar el acceso a la justicia, reducir los costos de la litigación y de la complejidad de las normas, modernizar la terminología y remover distinciones y prácticas innecesarias³⁷⁶. Entonces, los objetivos de la revisión de WOOLF, mediante una reforma al proceso (y no al derecho sustantivo), eran permitir la reducción del costo, del tiempo y la complejidad de la litigación civil, para facilitar el acceso a los tribunales³⁷⁷.

Fue una conclusión compartida que los procedimientos civiles ingleses no eran los adecuados para hacer frente a la variedad y complejidad de la litigación moderna en la década de 1990, en particular para alcanzar la adjudicación razonablemente rápida y bajo un costo razonable³⁷⁸. El propio *Lord WOOLF*, según VORRASI, señaló que el proceso civil del *common*

³⁷³ TURNER, Robert. 2009. Op. Cit. p. 77.

³⁷⁴ BURN, Suzanne. 1999. *The Civil Justice Reforms in England and Wales: Will Lord Woolf Succeed Where Others Have Failed*. *Windsor Yearbook of Access to Justice* (17): p. 222.

³⁷⁵ VORRASI, Kenneth. 2004. Op. Cit. p. 365.

³⁷⁶ ANDREWS, Neil. 2012. *Fundamental Principles of Civil Procedure: Order Out of Chaos*. En: KRAMER, Xandra. VAN RHEE, Remco. (Eds.). 2012. *Civil Litigation in a Globalising World*. T.M.C. Asser Press. p. 27.

³⁷⁷ VORRASI, Kenneth. 2004. Op. Cit. p. 365.

³⁷⁸ BURN, Suzanne. 1999. Op. Cit. p. 221.

law era “demasiado caro, demasiado lento y demasiado complejo”^{379 380}, dado que, si éste era entendido como un campo de batalla sin regla alguna “en este entorno, las cuestiones de gastos, demoras, compromisos y equidad pueden solo tener una mínima prioridad (...) el gasto suele ser excesivo, desproporcionado e impredecible; y la demora es frecuentemente irrazonable”^{381 382}.

Para hacer frente a lo anterior, *Lord WOOLF* concluyó que era necesaria la implementación de un nuevo y único código de reglas que disminuyeran la complejidad y reformaran la cultura legal hacia una que privilegiara la cooperación entre las partes y estableciera la responsabilidad del tribunal como el primer mecanismo para alcanzar estos objetivos públicos de la justicia civil, mediante la creación de un nuevo *ethos* judicial³⁸³, a través del tránsito entre un procedimiento de estilo antagonista a uno cooperativo³⁸⁴.

Esto derivó, como adelantamos en el Primer Capítulo³⁸⁵, a la proposición de una alteración drástica de la cultura adversarial inglesa, cuyo curso tradicional se dejaba su desarrollo en manos de los litigantes, irguiendo en su reemplazo el énfasis en el *judicial case management* como la filosofía fundante de la nueva litigación civil, colocando especial énfasis en la responsabilidad de los tribunales para hacer frente a los problemas de costo, demora y complejidad³⁸⁶, desplazando el principio de control de las partes del procedimiento, esperando que los jueces aseguren un desarrollo expedito de la litigación³⁸⁷. En este nuevo procedimiento, el juez civil moderno de Inglaterra ya no puede “simplemente sentarse y escuchar”^{388 389}, sino que debe actuar. Evidentemente este nuevo paradigma significó para el

³⁷⁹ VORRASI, Kenneth. 2004. Op. Cit. p. 361.

³⁸⁰ En su idioma original: “*too expensive, too slow, and too complex*”.

³⁸¹ VORRASI, Kenneth. 2004. Op. Cit. p. 366.

³⁸² En su idioma original: “*in this environment, questions of expense, delay, compromise and fairness may have only lower priority (...) that expense is often excessive, disproportionate and unpredictable; and delay is frequently unreasonable*”.

³⁸³ VORRASI, Kenneth. 2004. Op. Cit. p. 367.

³⁸⁴ ANDREWS, Neil. 2019. Op. Cit. p. 8.

³⁸⁵ Véase en: “1.2.2. Una alternativa para la justicia civil”

³⁸⁶ VORRASI, Kenneth. 2004. Op. Cit. p. 362.

³⁸⁷ ANDREWS, Neil. 2012. Op. Cit. p. 28.

³⁸⁸ ANDREWS, Neil. 2019. Op. Cit. p 707.

³⁸⁹ En su idioma original: “*The modern English civil trial judge can no longer simply sit back and listen*”.

proceso inglés un cambio sistémico que tuvo roces y dificultades iniciales en su implementación, las que abordaremos someramente en este capítulo.

3.2.1.2. *Overriding objective*

Si antes de la vigencia de las CPR el tribunal actuaba reactivamente, de acuerdo al comportamiento dominante de las partes, por el contrario, la conducta del tribunal en la actualidad es proactiva y mantiene en movimiento el proceso, de acuerdo al *overriding objective*³⁹⁰ u objetivo primordial, que permea el nuevo sistema de litigación civil. El propósito central de las nuevas reglas es empoderar a los tribunales como los medios para alcanzar la justicia y proporcionarle los poderes necesarios para hacer efectivo un proceso consistente con el objetivo primordial.

El *overriding objective* consiste, a grandes rasgos, en una oposición al modelo tradicional de comprensión del rol del juez civil, es decir, si el fin de la justicia civil es garantizar que la resolución del conflicto sometido a su conocimiento lo sea conforme a derecho, no dejará de considerar los costos proporcionales involucrados y que sea resuelto en un tiempo acotado. La rule (r).1.1, que define el objetivo primordial, establece que la forma de tramitación de los casos que conoce el tribunal será siempre “atendiéndolos de manera justa y a un costo proporcional”³⁹¹. A grandes rasgos es la materialización de la mirada tridimensional, que permita no solo la resolución de la controversia privada, sino que el servicio de la adjudicación pública funcione satisfactoriamente³⁹².

La r. 1.1 no es solo la primera norma del CPR, sino que es el punto de partida conceptual de todo el cuerpo normativo, proveyendo de sentido al resto de la normativa que en él se encuentra³⁹³. Esto es, si queremos entender e interpretar correctamente las CPR, debemos entender el significado de la r. 1.1. Para TURNER, uno de los mayores logros de

³⁹⁰ ZUCKERMAN, Adrian. 2013. Op. Cit. p. 31.

³⁹¹ El texto íntegro de la r.1.1(1) es: “*These Rules are a new procedural code with the overriding objective of dealing with cases justly and proportionate cost.*”

³⁹² ZUCKERMAN, Adrian. 2009. Op. Cit. p. 93.

³⁹³ DWYER, Déirdre. 2009. *What is the meaning of the CPR r.1.1(1)?*. En: *The Civil Procedure Rules. Ten Years On*. Oxforn University Press. p. 65.

Lord WOOLF fue la introducción de esta norma, pues supuso el fin del juego entre las partes e impuso una genuina obligación de los tribunales de dirigir la litigación e impartir justicia.³⁹⁴

Su propósito es guiar el ejercicio de la jurisdicción de parte del tribunal, el que, en uso de sus facultades oficiosas, que se justifican para alcanzar el objetivo primordial, debe incorporar como componentes centrales de la litigación civil, además del tradicional objetivo de resolución de controversias mediante un uso proporcional de los recursos públicos del tribunal dentro de un tiempo razonable³⁹⁵. Le da sentido o un propósito al *case management*, pues éste es de carácter instrumental, cuyo fin no es asegurar decisiones correctas según sus méritos, sino tratar los casos justamente y un costo proporcional, dado que, para el sistema inglés, la eficiencia, la igualdad y la proporcionalidad, especificados en la r. 1.1.(2), son parte de la justicia sustantiva y no accesoria a ella³⁹⁶. Este principio rector nace como idea, de acuerdo a DWYER, en 1995 en el *Interim Report of Access to Justice* de Lord WOOLF, en el que sugiere que la complejidad procedimental que se origina a partir de la legislación civil de ese entonces es que hay demasiadas formas de realizar lo mismo³⁹⁷, requiriendo el tribunal y los litigantes de una guía para practicar cada una de las actuaciones que en las *Civil Procedure Rules* se contienen.

El alcance y aplicación del *overriding objective* al día de hoy es de suplir el silencio o poca claridad de las normas procedimentales de las CPR, como también cuando los objetivos secundarios del procedimiento civil entran en conflicto entre sí, como aquellas enumeradas en la r. 1.1(2)³⁹⁸, que veremos a continuación. El sentido que le otorga el autor citado es claro, descartando que sea un objetivo primordial que venza a todas las otras consideraciones (*all-defeating*), sino que es un objetivo “que siempre hay que tener en mente cuando intentamos interpretar las reglas como un todo”^{399 400}, y sobre todo en casos de conflictos de interpretación. Es decir, las *Civil Procedure Rules* se comprenden a sí mismos

³⁹⁴ TURNER, Robert. 2009. Op. Cit. p. 81.

³⁹⁵ ZUCKERMAN, Adrian. 2013. Op. Cit. p. 6.

³⁹⁶ GARCÍA, Ramón. 2020. Op. Cit. p. 70.

³⁹⁷ DWYER, Déirdre. 2009. Op. Cit. p. 69.

³⁹⁸ Ibid. p. 71.

³⁹⁹ Ibid. p. 73.

⁴⁰⁰ En su idioma original: “an objective that we must always keep in mind when we attempt to interpret the rules as a whole”.

como reglas que deben ser interpretadas guiadas por el *overriding objective*, pero sin que éste derogue su propia regulación en casos de aplicación clara de alguna norma en específico.

La r.1.1(2), mencionada recientemente, enumera una lista de conductas que apuntan en esta línea y constituyen manifestaciones del *overriding objective*: (a) asegurar que las partes estén en pie de igualdad y participen plenamente de los procedimientos, (b) ahorro en los gastos, (c) tratamiento proporcional del caso, en cuanto al dinero involucrado, la importancia del caso, la complejidad de la materia y la posición financiera de cada una de las partes, (d) asegurar el tratamiento rápido y justo, (e) asignarle una parte adecuada de los recursos del tribunal, en consideración de la necesidad de los demás casos y (f) hacer cumplir las reglas y órdenes.

Aun cuando, sea el tribunal quien le dará aplicación al *overriding objective* cada vez que haga uso de las facultades que le confiere las CPR, de acuerdo a la r.1.2, también será deber de las partes coadyuvar en su realización según la r.1.3. Esto, a diferencia del comportamiento tradicional de la justicia civil, visto *supra*⁴⁰¹, vincula a las partes con objetivos distintos y ajenos a la propia pretensión. La *Court of Appeal*, en 1999 en *Vernon v. Bosley*, según ANDREWS, señaló que la reforma importa una evolución del equilibrio entre el deber del abogado litigante con el cliente y con el tribunal, hacia un fortalecimiento del deber con este último⁴⁰². En estricto rigor, es el fin de la actitud adversarial que caracterizaba el procedimiento del *common law* y supone una nueva era de cooperación de las partes con el tribunal⁴⁰³.

Si bien, en el siguiente apartado revisaremos con mayor detalle el abanico de facultades del juez civil, la r.1.4 enumera que el *active case management*, que da aplicación y realidad al objetivo primordial, incluye además de otros comportamientos⁴⁰⁴, los siguientes ejemplos: (i) alentar a las partes a cooperar entre sí en el desarrollo del procedimiento, (ii) identificar los problemas en una etapa temprana, (iii) decidir con prontitud qué asuntos

⁴⁰¹ Véase en: “1.1.2. Proceso como resolución de controversias”

⁴⁰² ANDREWS, Neil 2019. Op. Cit. p. 16.

⁴⁰³ TURNER, Robert. 2009. Op. Cit. p. 81.

⁴⁰⁴ Para una lectura completa de las doce formas de *active case management* ver la r.1.4 en su totalidad.

necesitan de una investigación y un juicio completo, disponiendo sumariamente de las demás, (iv) alentar a las partes a utilizar métodos alternativos de resolución de conflictos, (v) fijar calendarios o controlar el progreso del caso, (vi) considerar si los probables beneficios de avanzar en un determinado paso justifican su costo, (vii) tratar tantos aspectos del caso como sea posible en una misma ocasión, etc.

Sin duda, comportamientos como los enumerados en (i) y en (iii), son ejemplos de la radicalidad del cambio de perspectiva en la que se estudia y se ejerce el derecho procesal civil vigente en Inglaterra y Gales, puesto que, en primer lugar, instando a las partes a cooperar entre sí implica dejar de comprender, exclusiva y únicamente, el conflicto y la contienda entre las partes como el núcleo del juicio civil, desplazándolo en favor de una comprensión social del proceso, reordenando el papel que le compete tanto al juez como a las partes, en función de resolver, pronta y oportunamente el conflicto entre ellas. En segundo lugar, otorgarle la posibilidad al tribunal para que determine el procedimiento aplicable en función de la complejidad del caso puntual es una institución que difiere radicalmente con el formalismo continental en este respecto, puesto que, en Chile la determinación del procedimiento aplicable a un determinado conflicto responde a criterios objetivos y positivos, con independencia de la real complejidad del asunto.

Aun cuando la evaluación de la implementación de las *Civil Procedure Rules* la realizaremos con posterioridad, hay que tener presente que, para que los tribunales efectivamente cumplan el mandato de dirigir activamente la litigación civil de acuerdo al *overriding objective*, se requieren tres componentes, según TURNER: (i) una judicatura proactiva desde muy temprano, (ii) abogados que estén dispuestos a dejar de lado comportamientos comunes durante el procedimiento *pre-WOOLF* y adoptar una conducta cooperativa con el tribunal y su contraria y; (iii) un persona judicial con suficientes recursos en todos sus niveles para efectuar adecuadamente el trabajo en todas las etapas del juicio⁴⁰⁵.

3.2.2. Facultades del juez en el procedimiento inglés

⁴⁰⁵ TURNER, Robert. 2009. Op. Cit. pp. 82-83.

3.2.2.1. Análisis de las facultades oficiosas del juez civil inglés

La legislación inglesa en la actualidad reconoce que la litigación no puede ser controlada en su totalidad por las partes, sino que, dirigida por el tribunal, cuestión que requiere ser materializada a través de una infraestructura tal que, mediante el otorgamiento de facultades determinadas, propicie alcanzar el *overriding objective*⁴⁰⁶, para evitar que se convierta en una mera pretensión programática. Las CPR proveen al tribunal de una serie de herramientas de *case management* que le confieren la autoridad para dirigir el proceso, en concordancia con la tridimensionalidad de la justicia civil.

Nos hemos referido desde el comienzo de este trabajo al *case management*, como uno de los cambios más relevantes y característicos de la reforma de las *Civil Procedure Rules*, por lo que analizaremos en este apartado cuál es el alcance de esta institución.

Primero, es necesario notar que no existe en la literatura un concepto único y preciso para definir el *case management*, hay que distinguir entre el macro *case management* que se ocupa del procesamiento y gestión del conjunto de casos de parte del tribunal y a un nivel micro, que se refiere al manejo individual de un caso, mediante la emisión de instrucciones particulares y determinaciones *ad hoc* para proceder desde su inicio hasta su conclusión, la que transfiere el control o el manejo de la litigación desde los litigantes, como tradicionalmente se entendió, hacia los jueces⁴⁰⁷. Para el *common law*, la gestión que se exige de parte de los tribunales es el concepto que integra ambas categorías, ya que se requiere de una determina distribución de parte de la orgánica de los tribunales para administrar el flujo de los casos, como a nivel particular, a través de la relación entre el juez y las partes para una eficiente gestión de la causa. De cierta forma, el *case management* viene a integrar dos universos que, tradicionalmente, se comprendieron separados en la práctica judicial, como lo es el cariz administrativa o funcionaria y el procesal⁴⁰⁸.

⁴⁰⁶ ZUCKERMAN, Adrian. 2009. Op. Cit. p. 93.

⁴⁰⁷ GARCÍA, Ramón. 2020. Op. Cit. 67.

⁴⁰⁸ Ibid. p. 66.

Ahora bien, en segundo lugar, esta institución no es un fin en sí mismo, sino que responde al *overriding objective*, ANDREWS señala tres funciones principales; encaminar a las partes a una mediación si es practicable, prevenir el desarrollo lento e ineficiente del caso y asegurar la utilización proporcional de los recursos judiciales⁴⁰⁹. Estos propósitos se alcanzan mediante las siguientes herramientas: (i) promover la resolución entre las partes, a fin de descongestionar la vía judicial, (ii) incorporando “pistas” o *tracks*, que permiten colocar algunos casos en determinadas formas de tramitación para disponer el personal del tribunal, dándole aplicación al criterio de proporcionalidad exigido, puesto que distintos tipos de casos necesitan distintos tipos y niveles de gestión (y de recursos), entonces desde esta perspectiva, los casos simples requieren de un mínimo de atención mediante un procedimiento estándar, mientras que los más complejos requieren de atención especial, creando el sistema distintos niveles o *tracks*⁴¹⁰, (iii) identificación y reducción de asuntos tratados en la audiencia de juicio, para ser resueltos previamente, concentrándose solo en aquellos elementos fundamentales para la resolución del conflicto, reduciendo el tiempo y los costos que podría generar una litigación sobre aspectos no esenciales. ANDREWS se refiere a una conferencia realizada por Lord CLARKE en 2007 que resumió lo anterior de la siguiente forma: el *case management* en conjunción con el *overriding objective*, “trata de asegurar que cada caso no se resuelva más allá de la cantidad proporcional de recursos de las partes y del tribunal, que los problemas de la disputa sean identificados tempranamente”^{411 412}.

Entonces, habiendo conceptualizado adecuadamente el término *case management* y describiendo sus herramientas, estamos en condiciones de abordarlo desde su incorporación las *Civil Procedure Rules*.

Una primera manifestación del *case management* son los poderes generales de gestión, contenidos en la r. 3.1, que son adicionales a cualquier otro poder otorgado explícitamente por cualquier otra disposición de este cuerpo legal⁴¹³. Entre los poderes que

⁴⁰⁹ ANDREWS, Neil. 2019. Op. Cit. p. 198.

⁴¹⁰ GARCÍA, Ramón. 2020. Op. Cit. p. 82.

⁴¹¹ ANDREWS, Neil. 2019. Op. Cit. p. 199.

⁴¹² En su idioma original: “*seek to ensure that each case is afforded no more than a proportionate amount of judicial and party resources, that the real issues in dispute are identified early*”.

⁴¹³ GARCÍA, Ramón. 2020. Op. Cit. p. 402.

se contemplan, a modo ejemplar podemos enumerar los siguientes: (i) extender o acotar el tiempo para el cumplimiento de cualquier, regla, dirección práctica u orden judicial, (ii) aplazar o adelantar una audiencia, (iii) requerir que una parte o representante legal concurra al tribunal, (iv) celebrar una audiencia y recibir evidencia por teléfono o usando cualquier otro medio de comunicación oral directa, (v) tratar dos o más demandas en una misma ocasión, (vi) distinguir y dirigir un juicio separado sobre otra cuestión, etc. Uno de los aspectos relevantes es precisamente la facultad de excluir algún asunto sometido a su conocimiento por irrelevante, mediante la determinación judicial de la relevancia y prioridades del conflicto, debiendo el juez siempre ponderar las particularidades del caso individual, con el objeto de que la acción se mantenga en la discusión esencial y no se desvíe en debates secundarios o accesorios⁴¹⁴.

En general, los poderes de *case management* configuran un procedimiento flexible, los que deben ejercerse en consideración al *overriding objective*, entonces el uso de un determinado poder podrá cumplir con este estándar de proporcionalidad en un caso, pero en otro, puede resultar desproporcional⁴¹⁵, y de allí recae la responsabilidad que le corresponde al juez para identificar estas particularidades con el fin de aplicar las reglas más pertinentes.

Especial atención merece la posibilidad de apelación en contra de las resoluciones adoptadas en virtud del uso del *case management*, puesto que si las decisiones jurisdiccionales podrían ser apeladas con facilidad, como la gestión de los casos tiene que ver con varias etapas del proceso y su respectivo progreso, podría significar una constante paralización de la causa con un alto derroche de recursos, lo que además, podría debilitar la autoridad del tribunal para manejar los casos, debilitando igualmente al *overriding objective*⁴¹⁶. Es por esto que los tribunales de apelación, de acuerdo a ANDREWS, están dispuestos a ser deferentes con los jueces sobre el *case management*, a menos que sean decisiones derechamente incorrectas⁴¹⁷.

⁴¹⁴ ANDREWS, Neil. 2019. Op. Cit. pp. 200-201.

⁴¹⁵ GARCÍA, Ramón. 2020. Op. Cit. p. 403.

⁴¹⁶ Ibid. p. 405.

⁴¹⁷ ANDREWS, Neil. 2019. Op. Cit. p. 202.

El *case management* en las CPR se encuentra contenido de manera transversal, a lo largo de todas las etapas del conflicto. Si bien, este no es un trabajo que estudie con profundidad cada una de las etapas del *civil procedure*, sino que nos limitaremos al estudio de las facultades de oficio que en él se contemplan, resulta importante de todas formas señalar que en el procedimiento inglés existe un control en una fase previa al juicio, sujetas a específicas *pre action protocols* (PAPs) que regulan y controlan el intercambio de información, para luego distribuir cada caso en los diversos *tracks* que existen, en la que el juez ejerce un control que dependerá de la complejidad del asunto. Veremos la aplicación de poderes del tribunal en estas etapas. Además, a lo largo del procedimiento, el tribunal debe mantener el progreso del caso mediante una calendarización, que debe garantizar un avance rápido y eficiente⁴¹⁸.

Los PAPs son una gran innovación de las CPR y tienen como objetivo el intercambio temprano de información, para que las partes alcancen un acuerdo, evitando finalmente la litigación y sus consecuencias pecuniarias o, en caso contrario, permitir un eficiente *case management*, permitiéndole al juez alcanzar un estado de información suficiente respecto de la causa⁴¹⁹, dando aplicación a la necesidad de cooperación que Lord WOOLF exigía para la superación del paradigma estrictamente adversarial, como también una enorme diferencia con lo que ocurre, por ejemplo, en el procedimiento ordinario nacional, en el que el juez va descubriendo los detalles y versiones de las partes a medida que se cumple con cada trámite de la etapa de discusión.

En términos sencillos, las PAPs son un cúmulo de obligaciones que las eventuales partes y sus abogados deben satisfacer antes de comenzar el procedimiento formal, cuyo propósito es la obtención eficiente de intercambio de información⁴²⁰, de cierta forma son una manifestación clara del fin de la cultura antagónica que primaba antes de las CPR⁴²¹, expresándose como obligaciones mutuas entre las partes y con el tribunal, en coherencia con la exigencia de la r. 1.4.(2)(a). Respecto a la labor del tribunal, la obtención de información

⁴¹⁸ Ibid. p. 200.

⁴¹⁹ GARCÍA, Ramón. 2020. Op. Cit. p. 408.

⁴²⁰ ANDREWS, Neil. 2019. Op. Cit. p. 264.

⁴²¹ ZUCKERMAN, Adrian. 2013. Op. Cit. p. 42.

de la contraria es asistida por los poderes del tribunal para que la divulgación o *disclosure*, que consiste en la documentación relevante para la disputa, esté limitada a lo necesario para resolver el conflicto principal⁴²², no bastando proporcionar cualquier información con fines estratégicos, sino que deben ser suficientes y dentro de plazo, lo que estará supervigilado por el tribunal⁴²³. También, vinculado con el deber del juez de determinar los asuntos más relevantes de la discusión, uno de los aspectos de la gestión es restringir las pruebas y su rendición solo a estos asuntos⁴²⁴.

Estos últimos elementos son relevantes, puesto que los acercamientos preliminares entre los potenciales litigantes, además de ser una manifestación del carácter cada vez más cooperativo del procedimiento inglés, denota una relevancia especial de esta etapa, ya que no es una mera ritualidad que las partes deben sortear para llegar a juicio ni tampoco una que permita extender más allá de lo relevante la disputa, sino que es una real obligación para con la contraria y con el tribunal.

Ahora bien, una vez iniciado el procedimiento formal propiamente tal, el caso debe ingresar a uno de los tres *tracks* estandarizados, dependiendo de la importancia y complejidad del mismo. Los más simples serán manejados dentro del *small claim track*, mientras que el *multy track* es utilizado en casos más complicados, dejando el resto de los casos al procedimiento *fast track*, bajo la lógica que la litigación debe ser diseñada para el tamaño y naturaleza de la disputa⁴²⁵. Existe una especie de estandarización por criterios financieros (similar a la cuantía en términos nacionales), pero ellos solo crean presunciones para la determinación del *track* correspondiente, pudiendo ceder a otras consideraciones⁴²⁶, a fin de adecuar el caso a sus complejidades particulares.

De acuerdo a GARCÍA, la responsabilidad de asignar cada demanda a cada uno de los *tracks* recae en el juez, deviniendo en una intervención de oficio del mismo, la que definirá

⁴²² GARCÍA, Ramón. 2020. Op. Cit. p. 428.

⁴²³ Ibid. p. 413.

⁴²⁴ ANDREWS, Neil. 2019. Op. Cit. p. 199.

⁴²⁵ GARCÍA, Ramón. 2020. Op. Cit. p. 416.

⁴²⁶ ANDREWS, Neil. 2012. *The Three Paths of Justice. Court Proceedings, Arbitration, and Mediation in England*. Springer. p. 10.

el nivel e intensidad del *case management* que se desarrollará en adelante, lo que es regulado por la r. 26.1 y las reglas sucesivas⁴²⁷, determinación que es fijada de acuerdo a las respuestas que las partes proporcionan en el cuestionario entregado para estos efectos. Entonces, la función de asignación del juez al *track* más apropiado y proporcional para el caso, es una de las funciones del *case management* más relevantes, porque la decisión que supone no resultará indiferente para el devenir posterior del procedimiento y denota una enorme diferencia con procedimientos como el nacional, cuya determinación del procedimiento y sus trámites no está al alcance de las partes ni del juez, sino de criterios objetivos inamovibles y, por otro lado, representa una aplicación concreta del criterio de proporcionalidad que exige el *overriding objective*.

Esta diferenciación se justifica, de acuerdo a ZUCKERMAN, bajo la noción de que la colocación particularizada de recursos es una demanda de justicia⁴²⁸, dada su inherente escasez. Lo anterior viene relacionado con lo indicado en el primer capítulo respecto de la función pública y, por tanto, caracterizada por la limitación de los recursos disponibles que dispone la justicia civil⁴²⁹.

Finalmente, respecto al momento de las pruebas, la r. 32.1(1) a la (3) establecen el poder del tribunal para su control, dando instrucciones sobre las cuestiones que requiere prueba, la naturaleza de las pruebas para resolver estas cuestiones y la forma de su presentación, pudiendo el tribunal excluir alguna evidencia admisible e intervenir en el conainterrogatorio. Respecto a esta última posibilidad, durante la interrogación oral de los testigos, el tribunal se encontrará en una posición principalmente pasiva, frente a la actividad de las partes en la rendición de la prueba testimonial, salvo en caso de necesitar aclarar ciertos puntos, ya que, de lo contrario, una intervención excesiva, constituye una vulneración al sistema adversarial, que persiste en las CPR⁴³⁰.

⁴²⁷ GARCÍA, Ramón. 2020. Op. Cit. pp. 416-417.

⁴²⁸ ZUCKERMAN, Adrian. 2013. Op. Cit. p. 33.

⁴²⁹ Véase en: “1.2.1.1. Crisis en la justicia civil y el cambio de paradigma en su estudio”.

⁴³⁰ ANDREWS, Neil. 2012. Op. Cit. p. 103.

ANDREWS denomina estos poderes generales en materia probatoria, como *evidential veto*⁴³¹, puesto que su propósito es delimitar la actividad probatoria a la discusión esencial, como hemos indicado precedentemente, que es crucial para la aplicación del *overriding objective*. Pese a la última restricción analizada, igualmente podemos observar que este poder general de control sobre las pruebas difiere de la lógica que subyace en el ordenamiento español, previamente analizado⁴³².

La r. 32.1 representa un cambio significativo con el modelo de litigación civil anterior, puesto que introduce un elemento de discrecionalidad en materia de pruebas, la que era tradicionalmente denegada⁴³³. De acuerdo a GREVLING, la escasa jurisprudencia que ha generado esta norma denota que la disposición ha permitido excluir la evidencia marginal, controlar la proliferación de medios de prueba sobre un asunto en el que ya se han aportado pruebas, o que el uso de determinadas evidencias implique un uso desproporcionado de los recursos de las partes y de la corte⁴³⁴.

3.2.2.2. Estado actual del procedimiento civil inglés

ZUCKERMAN acertadamente señala que la mera presencia de una infraestructura de *case management* es insuficiente para alcanzar las pretensiones que las *Civil Procedure Rules* espera alcanzar en cuanto al tiempo, la demora y la complejidad, puesto que solo ello será posible si se utilizan adecuadamente estas herramientas⁴³⁵, lo que exige de una cultura en la judicatura, distinta a la tradicional, y si las partes comparten toda la información requerida para planificar de mejor manera y adecuándose cuando la necesidad así lo apremie, el progreso del procedimiento.

Sin perjuicio de las normas antes detalladas, el autor citado identifica una norma, la r.3.9 que le otorgaba al tribunal discrecionalidad en la imposición de sanciones frente a

⁴³¹ Ibid.

⁴³² Véase en: “3.1.2. Facultades del juez en el procedimiento español”.

⁴³³ GREVLING, Katherine. *CPR R.32.1(2): Case Management tool or broad exclusionary power?*. En: *The Civil Procedure Rules. Ten Years On*. Oxford University Press. p. 250.

⁴³⁴ Ibid. p. 255.

⁴³⁵ ZUCKERMAN, Adrian. 2009. Op. Cit. p. 94.

incumplimientos de alguna *rule, practice direction or court orden*. Si bien, actualmente la redacción que critica el autor no se encuentra vigente desde la JACKSON *reform*, nos parece relevante revisar su planteamiento.

La regla enumeraba una serie de consideraciones, cuya lista carecía de carácter taxativo, que el tribunal podía considerar para la evaluación de alguna solicitud de exención de sanción frente al incumplimiento de órdenes del tribunal. Entre las situaciones que el tribunal podía otorgar especial atención, se encontraban a modo ejemplar las siguientes: (a) los intereses de la administración de justicia, (b) prontitud de la solicitud de exención, (c) intencionalidad del incumplimiento, (d) adecuada explicación del incumplimiento, (e) que este incumplimiento haya sido en función del cumplimiento de otra *rule, practice direction or court order*, etc.

Lo que señalaban las CPR era discreción a favor del tribunal, la que en teoría de ninguna manera resultaba conflictiva, dado que una de las herramientas del *case management* es precisamente la flexibilización en el caso concreto frente al excesivo formalismo, pero un uso desproporcional de esta discreción podía mermar la efectividad del *case management*, favoreciendo, por ejemplo, un actuar despreocupado por el lado de las partes en cuanto al cumplimiento estricto de las órdenes del tribunal⁴³⁶. En esta línea, el autor es claro: “Si se ejerce la discreción para perdonar los incumplimientos como una cuestión rutinaria, ello debilitará la fuerza vinculante de cualquier regla u orden judicial y socavará la resolución ordenada y eficaz de controversias”^{437 438}.

Este autor reclama que las cortes no se habían tomado en serio el desafío que les presenta las CPR. Pues el entendimiento del *overriding objective* aún variaba según el juez, existiendo aún en ese entonces jueces que no reconocían el valor de los costos y del tiempo para la justicia del caso, lo que fue resultado por la falta de liderazgo de la *Court of Appeal* en esta línea, no constando en ese momento una política generalizada para garantizar, por

⁴³⁶ Ibid. p. 95.

⁴³⁷ Ibid. p. 96.

⁴³⁸ En su idioma original: “If discretion is exercised to forgive defaults as a matter of routine it would weaken the binding force of any rule or court order and undermine the orderly and effective determination of disputes”.

ejemplo, el uso adecuado de los recursos (materiales y de tiempo) de los tribunales, puesto que, aun cuando el acceso a la justicia es un derecho reconocido por todas las legislaciones, éste es un bien finito y sujeto a límites, pues entender que el litigante puede extender el procedimiento a su arbitrio, ignorando la gestión judicial, bajo la justificación del uso de su derecho al acceso a la justicia, implicará la negación del derecho de la contraparte a la adjudicación dentro de un plazo razonable⁴³⁹.

Desde abril de 2013, la r. 3.9 tiene una redacción distinta, la que indica que, para que el tribunal resuelva una solicitud de exención, debe considerar todas las circunstancias del caso, manteniendo la regla general de flexibilidad típica en los sistemas de gestión de casos, pero incluyendo que el litigio se mantenga y se lleve de manera eficiente y a un costo proporcional, que se hagan cumplir las reglas, direcciones prácticas y órdenes, y que la solicitud sea respaldada con pruebas⁴⁴⁰, lo que significa un cambio de perspectiva desde la regla anterior, dado que reitera la cláusula de proporcionalidad del *overriding objective* e impone la obligación de respaldar la solicitud, permitiendo que esta exención no signifique a su vez una derogación tácita o un debilitamiento del *case management* como instrumento para solventar los problemas de la justicia civil que las CPR intentaron resolver.

Ahora bien, también importa, como señalamos precedentemente, la actitud que asuman los abogados litigantes respecto al cambio de perspectiva que hemos relatado, pues de lo contrario, si adoptan las mismas conductas reprochadas y típicas de la legislación anterior, alcanzar un cambio significativo en la lógica de la litigación civil será meramente programático. De acuerdo a TURNER, la profesión adoptó comportamientos cooperativos con los tribunales⁴⁴¹, lo que facilitó la introducción de la nueva comprensión de su función en el nuevo ordenamiento procesal civil. El comportamiento de los actores procesales ya sea los litigantes, como los jueces mismos, es crucial para el éxito de cualquier reforma procesal intentada, ya que una cosa es modificar determinar normas procedimentales y otra es la forma

⁴³⁹ ZUCKERMAN, Adrian. 2009. Op. Cit. p. 104.

⁴⁴⁰ GARCÍA, Ramón. 2020. Op. Cit. p. 323.

⁴⁴¹ TURNER, Robert. 2009. Op. Cit. p. 83.

en que ellas son interpretadas y aplicadas, lo que condiciona necesariamente el éxito del cambio de paradigma intentado⁴⁴².

Frente a los cambios antes explicados, cabe preguntarse si las *Civil Procedure Rules* han mejorado, en suma, el escenario de la litigación civil inglesa. ZUCKERMAN señala que el *case management* no significó mayores progresos en algunos puntos críticos de la justicia civil⁴⁴³. Por ejemplo, TURNER señala que la litigación se ha vuelto burocrática y el costo se ha vuelto excesivo, habiéndose solicitado una revisión sobre este respecto a cargo de Lord JACKSON, como también, la falta de inversión en las tecnologías de la información⁴⁴⁴. Lord NEUBERGER, de acuerdo a ANDREWS, indicó en 2012 que la reforma de WOOLF falló en este sentido y, generalmente se piensa que la reforma misma incrementó los costos de litigación⁴⁴⁵.

A modo de prevención, cabe señalar que la reforma de Lord JACKSON ya se encuentra vigente desde 2013, quien efectuó recomendaciones y continuó el legado reformador de WOOLF, pero desde el cariz de los costos de la litigación asumiendo la misma perspectiva anterior. En su informe, JACKSON recomendó que los costos proporcionales deben evaluarse como un todo y, el *case management* no fue un desacierto en esta materia, puesto que efectivamente su adecuado uso disminuyen los costos como los tiempos en la litigación, habiéndose desarrollado entre la implementación de las CPR y su informe, un deficiente *case management*, sin reducir sustancialmente la carga de los tribunales⁴⁴⁶.

Ahora bien, aun cuando estas reformas ya se encuentran vigentes, sigue siendo relevante hacer notar que lo relativo a la falta de inversión pública denunciada denota un problema grave en la litigación civil inglesa. Si las conclusiones extraídas de la labor de Lord WOOLF, como de las reflexiones teóricas que hemos desarrollado a lo largo de este trabajo⁴⁴⁷,

⁴⁴² CLARKE, Anthony. 2009. *The Woolf Reforms: A singular event or an ongoing process?*. En: DWYER, Déirdre. 2009. *The Civil Procedure Rules. Ten Years On*. Oxford University Press. p. 43.

⁴⁴³ ZUCKERMAN, Adrian. 2009. Op. Cit. p. 99.

⁴⁴⁴ TURNER, Robert. 2009. Op. Cit. p. 85.

⁴⁴⁵ ANDREWS, Neil. 2019. Op. Cit. p. 21.

⁴⁴⁶ GARCÍA, Ramón. 2020. Op. Cit. p. 314.

⁴⁴⁷ Véase en: “1.2. El modelo procesal civil en una encrucijada”.

en cuanto la función pública de la justicia civil, viene de suyo el deber del Estado de una robusta inversión pública, lo que no se verifica en el ordenamiento jurídico estudiado, pues, “el Tesoro no está preparado para proveer de los recursos que se requieren para financiar las CPR”^{448 449}, pues varios de esos recursos son mal utilizados por el Ministerio de Justicia, optando por reparaciones injustificadas de dependencias ministeriales, en vez de financiar las plantas de los diferentes juzgados a lo largo del país⁴⁵⁰. Si bien, esta crítica excede los límites de este trabajo, hay que mencionar que una variación en la comprensión de la justicia civil en la envergadura de la iniciada en 1998 por Inglaterra y Gales no es una mera modificación legislativa, sin consecuencias patrimoniales posteriores, por lo que su éxito exige un compromiso perenne del Estado para su éxito.

Una evaluación positiva del papel que le ha tocado servir al *case management* es la reducción de los tiempos de resolución de los casos. Para el autor inmediatamente citado, como la gestión de los casos es deber del tribunal como de las partes, su aplicación se ha visto favorecida y causas en las cuales se alcanzaba una sentencia demoraban cerca de cinco años o más, en la actualidad se resuelven en 15 o 18 meses⁴⁵¹.

Como indicamos precedentemente, la profesión adoptó un papel propositivo con los cambios intentados y, a diferencia de otros intentos reformadores, se observa modificada la interpretación y aplicación de las normas procedimentales, en coherencia con el nuevo sistema. El éxito de WOOLF es que, las CPR, a diferencia de intentos de modificaciones estructurales de otras épocas, que llegaron a las mismas conclusiones que las actuales, la reforma abarcó a la cultura jurídica y no solo aspectos estructurales y procedimentales, pues éstas últimas eran necesarias para el éxito de cualquier proceso reformador, mas no suficiente⁴⁵². La forma de conseguir este cambio de cultura, como advertimos a lo largo de esta sección fue a través de la introducción del *case management*, del *overriding objective* y del deber de los litigantes de cooperar con este último. Ninguno de los elementos

⁴⁴⁸ TURNER, Robert. 2009. Op. Cit. p. 87.

⁴⁴⁹ En su idioma original: “*The Treasury is not prepared to provide the resources needed to fund the CPR*”.

⁴⁵⁰ TURNER, Robert. 2009. Op. Cit. p. 87.

⁴⁵¹ Ibid. p. 84.

⁴⁵² CLARKE, Anthony. 2009. Op. Cit. p. 44.

anteriormente mencionados es indiferente de otro, pues su vigencia depende del éxito del otro y mutuamente aseguran su aplicación en el caso concreto.

Sobre este punto, ANDREWS cita una conferencia dictada por *Lord NEUBERGER*, quien sirvió como Presidente de la Suprema Corte del Reino Unido entre el 2012 al 2017, en la que se señala que, si bien la mera pretensión de cambiar la cultura judicial no es suficiente, no es menos cierto que desde la implementación de las CPR en 1998 a la fecha (2012) hay abogados y jueces que no han conocido un sistema distinto al *case management*, los cuales han hecho suya la nueva cultura jurídica⁴⁵³, lo que facilita asimilación del nuevo *ethos*.

En este sentido, CLARKE es claro y compartimos plenamente su planteamiento, en cuanto el *case management* es una útil herramienta para la gestión de los casos desde una perspectiva sistémica y no unidimensional, pero ella exige de un propósito para su adecuado uso, es decir, demos responder con qué fin le cedemos al tribunal el control de la litigación⁴⁵⁴. La respuesta sencilla pues le cedemos al juez la gestión del caso para la consecución de un proceso justo, pero ¿cómo lograrlo? La respuesta de este interrogante WOOLF la contesta con *el overriding objective*, es decir, la motivación detrás del *case management* necesariamente es tratar de una manera justa los casos y a un costo proporcional, lo que se alcanza de acuerdo a los criterios enumerados en la r. 1.1(2), bajo la premisa de que la justicia ya no es observada singularmente, sino que es justicia para todos los casos⁴⁵⁵. La ambiciosa apuesta de WOOLF es reforzada ahora con el deber de las partes de coadyuvar al tribunal en este propósito que ya no es exclusivo de él, sino de todos los actores del proceso, transformando el *overriding objective* en una obligación para ellas⁴⁵⁶. Entonces el objetivo primordial no es solo un principio rector a todos los procedimientos tramitados en los tribunales ingleses y galeses, sino que también lo es para todos los intervinientes de ellos, ampliando el objetivo de la reforma a la cultura jurídica imperante, posibilitando, una vez por todas una reforma realmente estructural del procedimiento civil inglés.

⁴⁵³ ANDREWS, Neil. 2019. Op. Cit. pp. 8-9.

⁴⁵⁴ CLARKE, Anthony. 2009. Op. Cit. p. 44.

⁴⁵⁵ Ibid. p. 45.

⁴⁵⁶ Ibid.

Pese a las deficiencias de financiamiento y de flexibilización inicial en el *case management* mal enfocados, como la pobre implementación de todas las herramientas que provee las CPR, coincidimos con TURNER y CLARKE, en cuanto que este es un sistema mucho más positivo y enfocado a los verdaderos objetivos centrales del proceso civil como función pública y uno de los avances más notables en la prosecución de un ordenamiento más justo⁴⁵⁷, y la lógica que se encuentra detrás, enfocándose en la cultura jurídica hegemónica y no solo en los aspectos estructurales y procedimentales, es un acierto que permitió su éxito. Claramente, el procedimiento civil debe continuamente encaminarse a subsanar las deficiencias que ella presente actualmente y en el futuro, como las que ZUCKERMAN identificó en su oportunidad, pues una infraestructura vigorosa solo se traducirá en un sistema funcional si la implementación de sus planteamientos se hacen continuamente, pero atendiendo siempre el objetivo propuesto por WOOLF, tratando los casos de manera justa y a un costo proporcional.

⁴⁵⁷ TURNER, Robert. 2009. Op. Cit. p. 88.

CONCLUSIONES

Sin duda hemos abordado diversos tópicos, desde la fundamentación del proceso civil tradicional, amparado en el liberalismo de los siglos XVIII y XIX, hasta un estudio comparado de España e Inglaterra y Gales en lo que respecta a las facultades de oficio del juez civil que se contemplan en estos ordenamientos. El tránsito de un tema a otro no es irrelevante, sino que se funda en un progresivo análisis conceptual para comprender con cabalidad las instituciones comparadas.

Primero, en el Primer Capítulo identificamos al liberalismo como la ideología rectora del proceso civil tradicional, tanto en el *civil* como el *common law*⁴⁵⁸, caracterizando sus principales fundamentos y elementos, y en particular, señalar que la función le compete al Estado como forma de organización de la comunidad política es proporcionar los medios necesarios para la mantención del orden social que permite la vigencia de los derechos fundamentales de la vida y la propiedad, como también, ser solamente un foro de acuerdos comunes y resolución de conflictos, mas no una fuente de políticas ajenas de los ciudadanos, de acuerdo a los planteamientos de LOCKE, HOBBS y DAMASKA, analizados latamente en *supra*⁴⁵⁹.

El análisis anterior, nuevamente no es indiferente para el tema central de este trabajo, dado que esta comprensión del Estado, que se extiende necesariamente al Derecho y al proceso, como forma de encauzar la resolución de los conflictos entre los particulares, acarreó una determinada manera de comprender el papel que le compete al juez, que es arbitrar el conflicto de las partes hasta la dictación de sentencia, pero no intervenir mayormente en él, dado el carácter privado y, en consecuencia, disponible de los derechos subjetivos discutidos⁴⁶⁰. A su vez, lo anterior derivó, producto de la complejización de la sociedad, a un estado generalizado de crisis en la justicia civil, tanto a nivel comparado como

⁴⁵⁸ Véase en: “1.1.1. Liberalismo político y económico como ideal rector del Derecho y del proceso civil clásico” y en “1.1.3. Expresión y expansión del proceso civil liberal”.

⁴⁵⁹ Véase en: “1.1.1. Liberalismo político y económico como ideal rector del Derecho y del proceso civil clásico” y en “1.1.2. Proceso como resolución de controversias”.

⁴⁶⁰ Véase en: “1.1.2. Proceso como resolución de controversias”.

a nivel nacional⁴⁶¹, manifestándose principalmente en el tiempo utilizado para resolver el conflicto en cuestión, como el costo para las partes y el Estado como prestador del servicio de justicia. Estudiamos que la visión tradicional de la justicia civil, como una únicamente enfocada en la resolución correcta del conflicto se denomina mirada unidimensional del proceso, mientras que la visión que incluye otras consideraciones a la primera, como el costo y la oportunidad de la resolución, será tridimensional⁴⁶². Reconocemos que los planteamientos que pretenden enfocarse en esta nueva mirada aciertan en su diagnóstico y responderían de mejor manera los desafíos modernos de la justicia civil de nuestros días.

Si bien, a partir de constatar que un determinado ordenamiento se encuentra o encontraba en un estado de crisis respecto de su sistema judicial civil, pueden erigirse algunas soluciones, es evidente que ninguna de ellas es una respuesta universal a cada deficiencia de cada sistema. En este sentido, prevenimos que la alternativa que planteamos es una de varias posibles y su efectividad, a nuestro entender se justifica a partir de este estudio comparado, como veremos más adelante.

La alternativa planteada, para hacer frente a esta crisis, es primero, adoptar una mirada tridimensional del proceso y señalar al juez como el encargado de hacer valer, junto a las partes, imponiéndoles una obligación de cooperación con este objetivo tridimensional, atender consideraciones de tiempo y de costo, junto con la correctitud de la decisión judicial, mediante la incorporación de facultades de oficio del juez⁴⁶³.

Sin embargo, esta alternativa es resistida por parte de la doctrina, como vimos en el Segundo Capítulo, particularmente respecto de las facultades materiales del juez⁴⁶⁴, que consisten en aquellas que determinan o influyen en la resolución sobre el fondo del asunto, por una interpretación amplia del principio dispositivo, que permea de manera generalizada los procedimientos civiles⁴⁶⁵. Es por esta crítica, que antes de abordar una defensa a la

⁴⁶¹ Véase en: “1.2.1. Desafíos contemporáneos de la litigación civil”.

⁴⁶² Véase en: “1.2.1.1. Crisis en la justicia civil y el cambio de paradigma en su estudio”.

⁴⁶³ Véase en: “1.2.2. Una alternativa para la justicia civil”.

⁴⁶⁴ En el Capítulo Segundo revisamos tanto las facultades de dirección formal, como las materiales latamente en: “2.2. Facultades oficiosas del juez: Tipos de clasificación de las facultades del juez en lo civil”.

⁴⁶⁵ Véase en: “2.3.1. Planteamiento de la corriente “garantista”

introducción de las facultades de oficio del juez, debimos revisar la conceptualización del principio dispositivo y del de oficialidad, para comprender que, en realidad lo planteado por estas voces críticas es un entendimiento clásico y en retirada del principio dispositivo, admitiéndose actualmente una visión más acotada, distinguiendo entre la disponibilidad propiamente tal y la aportación de parte en materia de prueba⁴⁶⁶, lo que nos permite concluir que la incorporación de esta intervención judicial, ya sea en la dirección formal del procedimiento, como en cuanto al material probatorio no es una vulneración al principio dispositivo, sino una complementación de la regla general de la aportación de parte de los medios probatorios, mediante poderes de oficio en esta materia.

Habiendo hecho la distinción antes descrita, nos encontramos en posición para revisar las principales críticas efectuadas en contra de quienes proponen incorporar estas facultades de oficio, arguyendo que su introducción sería una manifestación autoritaria de parte del legislador, privando a las partes de su autonomía para determinar el devenir de su procedimiento y una afectación indebida a la imparcialidad del juez como tercero neutral en la disputa⁴⁶⁷.

Toda esta argumentación nos parece inadecuada, la cual discutimos y rebatimos en el Capítulo Segundo, en cuanto es incorrecta la generalización de autoritaria una determinada legislación por el tipo de gobierno en el que una determinada reforma nació, desatendiendo que estas variaciones continuaron su curso y fueron ratificadas por regímenes democráticos e incluso impulsadas durante éstos, como lo fue las *Civil Procedure Rules* y la Ley de Enjuiciamiento Civil. También resultan infundadas las críticas desde la perspectiva de la imparcialidad, dado que su introducción responde a darle aplicabilidad al objetivo del proceso civil de alcanzar la verdad del proceso y el ejercicio de estas facultades no se efectúan en perjuicio o en beneficio *per se* de alguno de los litigantes, así como tampoco lo es cuando el tribunal interviene legítimamente en otras circunstancias procesales y, debido a que la corriente garantista confunde neutralidad con imparcialidad indebidamente⁴⁶⁸.

⁴⁶⁶ Véase en: “2.1. Principios rectores del proceso civil: Dispositivo y de oficialidad. Alcance e interpretaciones”.

⁴⁶⁷ Véase en: “2.3.1. Planteamiento de la corriente “garantista”.

⁴⁶⁸ Véase en: “2.3.2. Respuestas a las críticas de la corriente garantista”.

Finalmente, al cierre de este Segundo Capítulo concluimos que adscribimos a la postura por la introducción de estas facultades porque resulta perfectamente compatible, con una suficiente regulación y control, el otorgamiento de poderes de oficio del juez civil en ordenamientos de carácter democrático, atendiendo nuevos objetivos, distintos y complementarios a la mera resolución del conflicto y la correctitud de la decisión, preocupándonos también por la verdad sobre los hechos, el costo y la oportunidad de la decisión⁴⁶⁹.

Entonces, habiendo realizado todo este ejercicio teórico, a nuestro entender nos encontramos en posición de poder abordar adecuadamente las reformas procesales protagonizadas por España e Inglaterra y Gales en el Tercer Capítulo.

En lo que respecta a España, abordamos la justificación detrás de la necesidad de iniciar un proceso reformista, como también dos instituciones que, a nuestro entender son manifestaciones de este cambio de paradigma, como lo es la insuficiencia probatoria y las diligencias finales. Sobre ambas instituciones, en este apartado tenemos algunas consideraciones finales.

En lo que respecta al analizado artículo 429.1.II LEC, insuficiencia probatoria, si bien aun cuando expresamos estar de acuerdo con la posición de considerar la disposición como un deber del tribunal⁴⁷⁰, al menos en lo que respecta al señalamiento de la insuficiencia probatoria, lo cierto es que coincidimos con ANGULO, en cuanto la práctica la ha adoptado como facultad⁴⁷¹, lo que es reprochable al legislador español, ya que es una norma que carece de precisión respecto del detalle, haciendo falta una herramienta clara y delimitada para su eficiente uso de parte de los tribunales.

⁴⁶⁹ Véase en: “2.3.3. Facultades oficiosas del juez como herramientas compatibles con el principio dispositivo y el proceso civil democrático”.

⁴⁷⁰ Véase en: “3.1.2.2. Indicación de insuficiencia probatoria”.

⁴⁷¹ ANGULO, Teresa. 2015. Op. Cit. p. 211.

Sin perjuicio de lo anterior, no es menos cierto que aun cuando exista esta indefinición de parte de la legislación española, la institución introducida por el artículo 429.1.II LEC es, sin duda una intervención (facultad o deber) de oficio valiosa para el tribunal.

Respecto a las diligencias finales del artículo 435.2 LEC, reiteramos lo dicho en *supra*⁴⁷², pues la excepcionalidad de la disposición predispone a la institución a una aplicación residual, lo que además, no se condice con la innovación en materia de insuficiencia probatoria. Es decir, por un lado, el legislador español introduce una institución nueva en la audiencia previa que le permite al juez advertir de la insuficiencia probatoria de alguno de los hechos alegados por las partes e, incluso, sugerirle la práctica de algún medio probatorio específico para suplirla, pero una vez se pone término al procedimiento, no se le permite al tribunal la práctica de prueba de oficio mediante las diligencias finales ante duda sobre los hechos en la previa de la dictación de sentencia, sino que ello solo se permite bajo circunstancias extraordinariamente restringidas⁴⁷³. Esto nos llevaría a situaciones como las señaladas por ANGULO: si el tribunal, en ejercicio del artículo 429.III, advierte la insuficiencia probatoria de algún hecho en particular y sugiere algún medio de prueba, pero la parte en cuestión no la propone y no se lleva a cabo dicha prueba, cabe la posibilidad de que llegado el momento para dictar sentencia, el juzgador se encuentra frente a un hecho dudoso, del cual no puede solicitar la práctica del medio de prueba en particular como diligencia final, pues la LEC no lo permite, encontrándose frente a un vacío que ya advirtió⁴⁷⁴.

Una evaluación general de la reforma procesal española es que, a nuestro entender, consistió en un intento indeciso de incorporación de facultades de oficio del juzgador, dado que la LEC ha adoptado dos posturas contradictorias en cuanto a dos instituciones novedosas. Reprochamos la modificación de eliminación de las diligencias para mejor resolver y la introducción de estas diligencias finales, dado que coincidimos con las objeciones efectuadas por el Consejo del Poder Judicial y del Consejo de Estado de España, los que de acuerdo a ETXEBERRÍA, señalaron que se privó al órgano judicial de una herramienta de práctica de

⁴⁷² Véase en: “3.1.2.3. Diligencias finales”.

⁴⁷³ Véase en: “3.1.2.3. Diligencias finales”.

⁴⁷⁴ ANGULO, Teresa. 2015. Op. Cit. p. 296.

prueba de oficio que habría acercado al ordenamiento español a otros modelos comparados y modernos en Europa, constituyendo una regresión en cuanto a la orientación del juez civil⁴⁷⁵.

En realidad, pareciera ser que el legislador se encuentra aún conflictuado entre un juez pasivo y uno activo, pues sin duda ha mantenido instituciones de carácter de oficio, como la dirección formal de parte del tribunal, heredada de la LEC de 1881 reformada e introdujo innovaciones ligeras en materia probatoria, como el artículo 429.1.II, pero no en lo que respecta a la práctica de oficio de pruebas, aun cuando sería del todo razonable su introducción. Creemos que el legislador español desperdició una valiosa oportunidad en este sentido por causa de su indecisión.

En la segunda parte del Capítulo Tercero, revisamos el desarrollo y la evolución del nuevo procedimiento civil inglés bajo la vigencia de las *Civil Procedure Rules*, que significó un cambio notable de superación de la cultura exclusivamente adversarial a una que admite y requiere de un tribunal activo que gestione los distintos casos.

Una de las introducciones más relevantes que implicaron las CPR, como indicamos en *supra*⁴⁷⁶, es la incorporación del *overriding objective* como principio rector del proceso civil inglés, el que a su vez impregna de sentido la aplicación del *case management* o gestión de casos a lo largo de todo el procedimiento como una manifestación clara del deber del tribunal de resolver cada caso justamente y bajo un costo proporcional⁴⁷⁷.

Para alcanzar este propósito, las CPR contemplaron toda una estructura procedimental que tiende a buscar la eficiencia y el desarrollo proporcional de cada caso, evitando que uno de ellos consuma, injustificadamente más recursos del tribunal que otros, mediante por ejemplo la implementación de *tracks* o pistas para que cada procedimiento se ajuste a la complejidad propia del caso⁴⁷⁸, utilizando más adecuadamente los recursos.

⁴⁷⁵ ETXEBERRÍA, José. 2003. Op. Cit. p. 381.

⁴⁷⁶ Véase en: “3.2.1.2. Overriding objective”

⁴⁷⁷ Véase en: “3.2.1.2. Overriding objective y “3.2.2.1. Análisis de las facultades oficiosas del juez civil inglés”

⁴⁷⁸ Véase en: “3.2.2.1. Análisis de las facultades oficiosas del juez civil inglés”.

Evidentemente, un cambio radical, como el iniciado por *Lord Woolf* con las *Civil Procedure Rules*, implica un esfuerzo adicional para ir revisando los logros y deficiencias de la reforma. En este punto, revisamos el estado actual de la discusión, identificando algunos inconvenientes que fueron abordados en las *JACKSON reforms*, como otras aún pendientes, pero siempre bajo la noción de que el cambio cultural y procedimental de las CPR implicaron un avance y mejoría de la estructura del proceso inglés, avocándose ya no solo en la corrección del procedimiento como del fondo del asunto, sino en a justicia del costo y de la oportunidad de la misma⁴⁷⁹.

Las experiencias española e inglesa son distintas, tanto en el nivel de alteración del paradigma interno que en cada ordenamiento imperaba, destacando las CPR como innovadoras y ambiciosas, en cuanto pretendieron un cambio cultural en el ámbito jurídico, como en el alcance de las nuevas instituciones que permiten el comportamiento de oficio del tribunal. Sin embargo, ambas comparten la urgencia de adoptar una mirada tridimensional del proceso, permitiéndole al juez velar por la corrección de la decisión, por un lado, coherente con su rol histórico, como de los criterios de tiempo y de costo, en cuanto a la vigencia del servicio de justicia civil como servicio público.

Pero, sin duda consideramos que la pretensión cultural de las *Civil Procedure Rules* le permiten una innovación mayor en cuanto a un nuevo papel para los jueces, pues sin él, cualquier cambio procedimental, ya sea en menor o mayor medida, si no es a su vez cultural, que impregne tanto al tribunal en todas las instancias y jerarquías, como a los propios abogados litigantes, aún siendo perfecta a un nivel teórico, estará mal implementada, arriesgando la vigencia de los derechos subjetivos de los litigantes actuales, como eventuales, del sistema de justicia civil, que ya no pueden esperar más.

En Chile, como hemos visto en el Primer Capítulo⁴⁸⁰, la discusión entorno a la crisis de la justicia civil es actual y urgente, manteniendo niveles preocupantes de concentración

⁴⁷⁹ Véase en: “3.2.2.2. Estado actual del procedimiento civil inglés”.

⁴⁸⁰ Véase en: “1.2.1. Desafíos contemporáneos de la litigación civil”.

del volumen de los ingresos de las causas en pocos y homogéneos usuarios, como la conocida demora de la resolución de los conflictos en la justicia civil, siendo una necesidad imperiosa estudiar alternativas a nuestro sistema actual. Para ello, la invitación no es optar por alguna solución mesiánica, que pretenda resolver todos los males que aqueja a nuestro ordenamiento civil, sino mirar con atención a otros sistemas que han vivenciado experiencias de crisis similares y han optado por arriesgarse, en función de una promesa compartida y deseada por todos los actores del proceso civil: que la justicia sirva a los individuos, pero ya no particularmente considerados ni bajo ficciones ideológicas tradicionales, debiendo observarlos en el colorido y heterogéneo conjunto. Las facultades de oficio del juez civil, junto a un cambio cultural importante en cuanto al objetivo de nuestra justicia mira al ciudadano de a pie con conflictos de menor cuantía, como a la sociedad anónima deseosa de cobro de su crédito, como iguales, pero atendiéndolo en su particularidad. Lord WOOLF acertó en afirmar que la justicia consiste en atender a cada caso a su propia medida, lo que es urgente en nuestro entorno.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

1. ABEL, Xavier. 2005. Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil. Editorial J.M. Bosch. Barcelona.
2. AGUIRREZABAL, Maite. PÉREZ-RAGONE, Álvaro. 2018. Aportes para una conducción colaborativa del proceso civil chileno: pensando nueva justicia. *Revista de Derecho Privado* (35): p. 293-326.
3. ALVARADO, Adolfo. 2007. La imparcialidad judicial y la función del juez en el proceso civil. En: DE LA OLIVA, Andrés. PALOMO, Diego. 2007. *Proceso Civil: Hacia una nueva justicia civil*. Editorial Jurídica de Chile. pp. 283-294.
4. ANDREWS, Neil. 2012. *Fundamental Principles of Civil Procedure: Order Out of Chaos*. En: KRAMER, Xandra. VAN RHEE, Remco. (Eds.). 2012. *Civil Litigation in a Globalising World*. T.M.C. Asser Press. pp. 19-38.
5. ANDREWS, Neil. 2012. *The Three Paths of Justice. Court Proceedings, Arbitration, and Mediation in England*. Springer.
6. ANDREWS, Neil. 2019. *Andrews On Civil Processes. 2nd Edition*. Intersentia.
7. ANGULO, Teresa. 2015. Las diligencias finales y la iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil. Memoria para optar al grado de doctor. Universidad Complutense de Madrid.
8. ARSUAGA, José. 2015. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil. En: MARÍN, Francisco (Director). Editorial Tirant lo Blanch.

9. BARBOSA, Jose. 1986. La igualdad en las partes en el Proceso Civil. Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. 5(5): pp. 55-67.
10. BARBOSA, José. 2011. El neoprivatismo en el proceso civil. En: MONTERO, Juan. (Coordinador). 2011. Proceso Civil e Ideología. 2º Edición. Valencia. Tirant lo Blanch. pp. 201-217.
11. BARROS, Enrique. 2001. Lo público y lo privado en el Derecho. Estudios Públicos N°81. Santiago de Chile.
12. BERIZONCE, Roberto. 2019. Fundamentos ideológicos del fenómeno procesal. Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de La Plata. 16(49): pp. 465-494.
13. BORDALÍ, Andrés. 2007. Los poderes del juez civil. En: DE LA OLIVA, Andrés. PALOMO, Diego. 2007. Proceso Civil: Hacia una nueva justicia civil. Editorial Jurídica de Chile. pp. 179-203.
14. BORDALÍ, Andrés. 2009. El derecho fundamental a un tribunal independiente e imparcial en el ordenamiento jurídico chileno. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. 32: pp. 266-302.
15. BORDALÍ, Andrés. 2016. Nuevas herramientas probatorias en el proceso civil chileno. Análisis en un contexto de facilidad probatoria. Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte. 23(1): pp.173-198.
16. BURN, Suzanne. 1999. *The Civil Justice Reforms in England and Wales: Will Lord Woolf Succeed Where Others Hacer Failed.* Windsor Yearbook of Access to Justice (17): pp. 221-229.

17. CALAMANDREI, Piero. 1961. Estudios sobre el proceso civil. Editorial Bibliográfica
18. CAPPELLITI, Mauro. 1971. *Social and Political Aspects of Civil Procedure. Reforms and Trends in Western and Eastern Europe*. *Michigan Law Review*. 69 (5): pp. 847-886.
19. CAPPELETTI, Mauro. 1975. Formaciones sociales e intereses de grupo frente a la justicia civil. En: Congreso “Libertades fundamentales y formaciones sociales”: 9 y 11 de mayo de 1975. Florencia, Universidad de Florencia.
20. CARRASCO, Jaime. 2020. La declaración de nulidad procesal a petición de parte o de oficio y los límites impuestos por los tipos de convalidación. *Revista de Actualidad Jurídica*. Universidad del Desarrollo. (41): pp. 293-329.
21. CASTILLEJO, Raquel. 2017. Proceso civil y principio dispositivo. En: Tratado sobre la disposición del proceso civil. Valencia. Tirant lo Blanch.
22. CIPRIANI, Franco. El autoritarismo procesal (y las pruebas documentales). *Revista Ius Et Praxis*. 13(2): pp. 45-55.
23. CLARKE, Anthony. 2009. *The Woolf Reforms: A singular event or an ongoing process?*. En: DWYER, Déirdre. 2009. *The Civil Procedure Rules. Ten Years On*. Oxford University Press. pp. 33-49.
24. COUTURE, Eduardo. 1948. Estudios de Derecho Procesal Civil. Tomo I. Buenos Aires. Ediar S.A. Editores.
25. COUTURE, Eduardo. 1958. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. 3era Edición. Buenos Aires. Roque Depalma Editor.

26. COUTURE, Eduardo. 1999. Trayectoria y destino del Derecho Procesal Latinoamericano. Buenos Aires. Ediciones Depalma.
27. DAINOW, Joseph. 1967. *The Civil Law and the Common Law: Some Points of Comparison. The American Journal of Comparative Law. Oxford University Press.* (1966-1967). Vol. 15. Pp. 419-435.
28. DAMASKA, Mirjan. 2000. Las caras de la justicia y el poder del Estado. Editorial Jurídica de Chile.
29. DE LA OLIVA, Andrés. 2012. Prudencia *versus* Ideología: De nuevo sobre el papel del juez en el proceso civil. *Revista Ius et Praxis.* Universidad de Talca. (18)2: pp. 243-294.
30. ELBERG, Mario. 1963. El principio inquisitivo en el proceso civil chileno. Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Santiago. Editorial Universitaria S.A.
31. DWYER, Déirdre. 2009. *What is the meaning of the CPR r.1.1(1)?*. En: *The Civil Procedure Rules. Ten Years On. Oxfom University Press.* pp. 65-73.
32. FERRER, Jordi. 2017. Los poderes probatorios del juez y el modelo de proceso. *Revista de la Maestría en Derecho Procesal.* Pontificia Universidad Católica de Perú. 7(2): pp. 137-164.
33. GARCÍA, Ramón. 2020. *El Case Management* en perspectiva comparada. Valencia. Tirant lo Blanch.
34. GENN, Hazel. 2009. *Judging Civil Justice.* Cambridge University Press.

35. GREVLING, Katherine. *CPR R.32.1(2): Case Management tool or broad exclusionary power?*. En: *The Civil Procedure Rules. Ten Years On*. Oxford University Press. pp. 249-269.
36. HARASIC, Davor. 2006. Justicia Civil: Transformación necesaria y urgente. En: SILVA, José. *Et al.* (Editores). *Justicia Civil y Comercial: Una reforma pendiente*. Fundación Libertad y Desarrollo. Pontificia Universidad Católica de Chile. pp. 383-410.
37. HAYEK, Friedrich. 1982. Los principios de un orden social liberal. *Estudios Públicos*. (6): pp. 179-202.
38. HOBBS, Thomas. 1651. *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*. Fondo de Cultura Económica. Argentina.
39. HUNTER, Iván. 2010. El principio dispositivo y los poderes del juez. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. XXXV: pp. 149-188.
40. HUNTER, Iván. 2011. Rol y poderes del juez civil: Una mirada desde la eficiencia del proceso. *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*. (18)2: pp.73-101.
41. HUNTER, Iván. 2020. *Rol del juez. Prueba y proceso*. Santiago. Ediciones DER.
42. JACOB, Jack. 1987. *The Fabric of English Civil Justice*. Stevens and Sons. Londres.
43. JOLOWICZ, John. 2000. *On Civil Procedure*. Cambridge University Press.
44. JOLOWICZ, John. 2003. *Adversarial and Inquisitorial Models of Civil Procedure*. *International and Comparative Law Quarterly*. 52(2): pp. 281-296.

45. LATHROP, Fabiola. 2017. Constitucionalización y jurisprudencia constitucional en el derecho de familia chileno. *Estudios Constitucionales* 15(1). Centro de Estudios Constitucionales de Chile. Universidad de Talca. pp. 329-372.
46. LILLO, Ricardo. 2020. La Justicia Civil en crisis. Estudio empírico en la ciudad de Santiago para aportar una reforma judicial orientada hacia el acceso a la justicia (formal). *Revista Chilena de Derecho*. 47(1): pp. 119-157.
47. LOCKE, John. 1689. Segundo Tratado sobre el gobierno civil. 2º Edición. Madrid. Editorial Tecnos.
48. MACDONALD, Roderick. 2010. *Access to Civil Justice. The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*. pp. 493-521.
49. MERY, Rafael. 2006. Una aproximación teórica y empírica a la litigación civil en Chile. En: SILVA, José. *Et al* (Editores). *Justicia Civil y Comercial: Una reforma pendiente*. Fundación Libertad y Desarrollo. Pontificia Universidad Católica de Chile. pp. 83-136
50. MONTELEONE, Girolamo. 2010. Jurisdicción, proceso, juez en el sistema de libertades civiles. En: VIVES, Tomás (Director). *Teoría y Derecho*. Revista de Pensamiento Jurídico. Tirant lo Blanch. pp. 67-74.
51. MONTELEONE, Girolamo. 2011. El actual debate sobre las “orientaciones publicísticas” del proceso civil. En: MONTERO, Juan. (Coordinador). 2011. *Proceso Civil e Ideología*. 2º Edición. Valencia. Tirant lo Blanch. pp. 177-200.
52. MONTERO, Juan. 2000. La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española y la oralidad. *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*. (53): pp. 583-668.

53. MONTERO, Juan. 2006. Prologo Primera Edición. En: MONTERO, Juan. (Coord.) 2011. Proceso civil e ideología. 2º Edición. Valencia. Tirant lo Blanch. pp. 15-28.
54. MONTERO, Juan. 2011. El proceso civil llamado “social” como instrumento de “justicia” autoritaria. En: MONTERO, Juan (Coordinador). 2011. Proceso Civil e Ideología. 2º Edición. Valencia. Tirant lo Blanch. pp. 138-172.
55. MONTERO, Juan. 2014. La paradoja procesal del siglo XXI. México D.F. Tirant lo Blanch.
56. MONTERO, Juan. 2016. El Derecho Procesal en la Encrucijada de los Siglo XX y XXI. Tres ensayos: Uno general y dos especiales. Fondo Editorial de la Academia de la Magistratura.
57. MONTERO, Juan. 2016. El Proceso Civil. Los procesos ordinarios de declaración y de ejecución. Valencia. 2º Edición. Tirant lo Blanch.
58. MONTERO, Juan. 2019. Los principios del proceso civil. En: GÓMEZ, Juan Luis. *et. al.* Derecho Jurisdiccional I Parte General. 27º Edición. Valencia. Tirant lo Blanch.
59. NOVOA, Eduardo. 1975. El Derecho como obstáculo al cambio social. 16º ed. México. Siglo Veintiuno Editores.
60. NUÑEZ, Raúl. 2005. Crónica sobre la reforma del sistema procesal civil chileno (fundamentos, historia y principios). Revista de Estudios de la Justicia. (6): Pp. 175-189.
61. ONFRAY, Arturo. 2020. Derecho Procesal Civil. Parte Primera: Introducción al Derecho Procesal. Valencia. Tirant lo Blanch.

62. OTEIZA, Eduardo. 2010. *Civil Procedure Reforms in Latin America: The Rol of the Judge and the Parties in Seeking a Fair Solution*. En: CHASE, Oscar. WALKER, Janet. 2010. *Common Law, Civil Law and the Future of the Categories*. Canadá. LexisNexis. pp. 225-246.
63. PALACIO, Lino. 2003. *Manual de Derecho Procesal Civil*. 17° Edición. Buenos Aires. LexisNexis Abeldo Perrot.
64. PALAVECINO, Claudio. 2011. *El retorno del Inquisidor. Crítica a la iniciativa probatoria judicial*. Perú. Editorial San Marcos.
65. PEREIRA, Santiago. 2018. *Principios estructurales del proceso civil: Regulación y aplicación en Uruguay*. En: MITIDERO, Daniel. NIEVA, Jordi. OTEIZA, Eduardo. PRIORI, Giovanni. RAMÍREZ, Diana. TARUFFO, Michele (coordinadores). *Los Principios Procesales de la justicia civil en Iberoamérica*. Lima. Palestra. pp. 481-516.
66. PÉREZ-RAGONE, Álvaro. PALOMO, Diego. 2009. *Oralidad y prueba: Comparación y análisis crítico de las experiencias reformadoras del proceso civil en Alemania y España*. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. XXXII: pp. 363-406.
67. 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 de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. XLII. pp. 523-551.
68. PICÓ I JUNOY, Joan. 2007. *El juez y la prueba. Estudio de la errónea recepción del brocardo *iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam* y su repercusión actual*. José María Bosch Editor. Barcelona.

69. PICÓ I JUNOY, Joan. 2011. El derecho procesal entre garantismo y la eficacia: Un debate mal planteado. En: MONTERO, Juan. (Coordinador). 2011. *Proceso Civil e Ideología*. 2º Edición. Valencia. Tirant lo Blanch. p. 117-137.
70. RIEGO, Cristián. LILLO, Ricardo. 2015. ¿Qué se ha dicho sobre el funcionamiento de la justicia civil en Chile? Aportes para la reforma. *Revista Chilena de Derecho Privado*. (25): pp. 9-54.
71. SILVA, Valentín. 1948. Aspectos de la actividad procesal. *Revista de la Universidad de Oviedo*. IX (51-52): p. 45-71.
72. SIMÓN, Luis. 2011. Aplicación de los principios dispositivo e inquisitivo en los modernos procesos civiles por audiencias. En: PEREIRA, Santiago. (Coord.) *Modernización de la Justicia Civil*. Montevideo, Universidad de Montevideo. pp. 339-360.
73. SIMONS, Adrián. 2007. Poderes Jurisdiccionales. El dilema entre el juez activo y el juez autoritario. En: DE LA OLIVA, Andrés. PALOMO, Diego. 2007. *Proceso Civil: Hacia una nueva justicia civil*. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. pp. 205-226.
74. TAPIA, Claudio. 2010. Garantismo procesal: Un debate ausente y una advertencia clara. *Revista Chile de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. 1(2): pp. 233-251.
75. TARUFFO, Michele. 2006. Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante*. (29): pp. 249-271.
76. TARUFFO, Michele. 2009. La justicia civil. En: *Páginas sobre justicia civil*. Marcial Pons.

77. TARUFFO, Michele. 2009. La recolección y presentación de las pruebas en el proceso civil: Tradiciones culturales y tendencias teóricas. En: Páginas sobre justicia civil. Marcial Pons.
78. TARUFFO, Michele. 2013. Ideologías y teorías de la justicia civil. Lima. Revista *Advocatus*. (28): pp. 159-167.
79. TURNER, Robert. 2009. *'Actively': The word that changed the civil courts*. En: DWYER, Déirdre. 2009. *The Civil Procedure Rules. Ten Years On*. Oxford University Press. pp. 77-88.
80. UREÑA, Belén. 2014. La prueba de oficio en el proceso civil español (El “deber judicial de completitud de la prueba” del artículo 429.1 LEC). *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*. (3): pp. 1-41.
81. VAN RHEE, Remco. 2004. *The Law's Delay: An Introduction*. En: VAN RHEE, Remco (Editor). 2004. *The Law's Delay. Essays on Undue Delay in Civil Litigation*. Amberes, Bélgica. *Intersetia Publishers*.
82. VAN RHEE, Remco. 2008. *The development of civil procedural law in twentieth century Europe: From party autonomy to judicial case management and efficiency*. En: *Judicial Case Management and Efficiency in Civil Litigation*. Amberes. *Intersentia* (70): p. 11-25.
83. VAN RHEE, Remco. 2011. Tradiciones europeas en el procedimiento civil: Una introducción. *Revista de Estudios de la Justicia*. (15): p. 15-42.
84. VORRASI, Kenneth. 2004. *England's Reform to Alleviate the Problems of Civil Process: A comparison of Judicial Case Management in England and the United States*. *Journal of Legislation* (30): pp. 361-387.

85. ZUCKERMAN, Adrian. 1999. *Justice in Crisis: Comparative Dimensions of Civil Procedure*. En: *Civil Justice in Crisis: Comparative Perspectives of Civil Procedure*. Oxford University Press. pp. 3-52.
86. ZUCKERMAN, Adrian. 2009. *Litigation Management under the CPR: A poorly-used management infrastructure*. En: DWYER, Déirdre. *The Civil Procedure Rules Ten Years On*. Oxford University Press. p. 90.
87. ZUCKERMAN, Adrian. 2013. *Zuckerman on civil process, principles of practice*. Swett and Maxwell.

Jurisprudencia nacional

1. Corte Suprema de Chile, 1 de agosto de 2011. Rol N°8.242-2009.
2. Corte Suprema de Chile, 27 de octubre de 2016. Rol N°38.324-2016.
3. Corte Suprema de Chile, 6 de septiembre de 2019. Rol N°11.411-2019.
4. Corte Suprema de Chile, 18 de mayo de 2020. Rol N°19.016-2018.
5. Corte Suprema de Chile, 26 de noviembre de 2020. Rol N°44.079-2020.

Jurisprudencia española

1. Tribunal Supremo de España, del 7 de marzo de 2013. STC 854/2013.
2. Tribunal Supremo de Justicia de Cataluña del 17 de diciembre de 2012. STSJ 79/2012.
3. Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife del 19 de febrero de 2021. SAP TF 101/2021.

4. Audiencia Provincial de Oviedo del 13 de abril de 2021. SAP O 1248/2021.

Jurisprudencia inglesa

1. *Jones v. National Coal Board* [1957] 2. Q.B. 55, C.A.
2. *Yuill v. Yuill* [1945] All ER 183.