



UNIVERSIDAD DE CHILE

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Procesal

La adopción del acuerdo, un límite a las facultades de los tribunales colegiados para dictar medidas para mejor resolver

Imparcialidad, Legalidad y Epistemología

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

Memorista:

ANDRÉS KOSTERLITZ URIBE-ECHEVARRÍA.

Calificación: 5.5 (cinco coma cinco).

Profesor guía:

DRA. MARÍA DE LOS ÁNGELES GONZÁLEZ COULON.

Santiago, Chile. Enero de 2023.

Para mis padres, Jorge Andrés y Carolina que me trajeron a este mundo, en el cual todos los días; juntos mientras pudieron y por separado desde que lo anterior ya no les fue posible; me cuidaron, alentaron y enseñaron con excepcional ternura y entrega.

Para mi abuela María Cristina, quien me heredó su pasión por las letras, a mi abuelo Martín por su ejemplo de abnegado servicio y para mi abuela María Victoria por su cariño.

Para mi profesora del colegio Ximena Peralta, sin quien difícilmente habría seguido esta profesión.

Por último, para Catalina, por su cariño y confianza que me han hecho crecer y madurar mucho más que lo que cualquier tratamiento endocrino pudiera haber logrado.

Andrés Kosterlitz U.

8.12.2023

Agradecimientos

Con estos párrafos espero mínimamente retribuir a todos quienes contribuyeron en mayor o en menor medida a mi formación

En primer lugar, agradezco a mis padres, Carolina y Jorge Andrés por darme la posibilidad de estudiar en la Universidad y a mis hermanas Sofía y Dominga Antonia, por el regalo de una infancia feliz. También agradezco a todos aquellos, familiares, amigos o conocidos que alguna vez me han confiado sus problemas legales; por darme la oportunidad de dar mis primeros pasos en el ejercicio profesional.

Agradezco a la profesora guía de la presente memoria, la Dra. María de los Ángeles González Coulon; por su interés en mi investigación, su comprensión en mis atrasos y el desprendimiento con el que me dejó tomar de su biblioteca, su tiempo y su consejo durante la elaboración de esta memoria de prueba, me fue imprescindible.

También agradezco a todos aquellos profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile que durante mi paso por la escuela lograron transmitirme genuino entusiasmo y curiosidad por el derecho. Requiriendo especial mención los profesores Álvaro Fuente Alba, Raúl Montero y Francisco González Hoch.

En cuarto lugar, agradezco a mis amigos de la Facultad con quienes compartí en la adversidad, la alegría y en la afinidad que surge entre la gente con inquietudes similares; gracias por la conversación y el compañerismo. No me cabe duda serán excelentes abogados y excepcionales personas.

Por último, agradezco a los abogados del estudio jurídico Barros Silva Varela & Vigil, que durante mi estadía como procurador judicial desde marzo del 2021 a marzo del 2022 me enseñaron con generosidad el oficio del abogado litigante.

" – *¡Que el jurado considere su veredicto!*
– *ordenó el Rey, por centésima vez aquel día.*

– *¡No! ¡No!* – *protestó la Reina* – . *Primero la sentencia... El veredicto después.*

– *¡Valiente idiotez!* – *exclamó Alicia alzando la voz* – .

¡Qué ocurrencia pedir la sentencia primero!

– *¡Cállate la boca!* – *gritó la Reina, poniéndose color púrpura*

. – *¡No quiero!* – *dijo Alicia.*

– *¡Que le corten la cabeza!* – *chilló la Reina a grito pelado.*

Nadie se movió."

-Lewis Carroll.

INTRODUCCIÓN.....5p

LAS FACULTADES PROBATORIAS DE LOS TRIBUNALES

CAPÍTULO I: Reseña Histórica De Las Facultades Probatorias De Los Tribunales. El Debate, Su Estado Actual y Nuestra Posición.....12p

CAPITULO II: Historia y Concepto en Chile de las Medidas para Mejor Resolver.....37p

CAPÍTULO III. Nuestra posición: La Pérdida De Imparcialidad Del Tribunal Y Las Medias Para Mejor Resolver, Antiguos Problemas¹ Y su Exacerbación al dictarse posteriormente a la adopción del acuerdo.....53p

TRIBUNALES COLEGIADOS Y SUS ACUERDOS

CAPÍTULO IV: Concepto E Historia En Chile Del Artículo 83 Del Código Orgánico De Tribunales y una visión de Las Normas Que Rigen Los Acuerdos De Los Tribunales Colegiados desde el artículo 7 de la Constitución Política de la República.....86p

CAPÍTULO V: Por Qué Tres Cabezas Son Mejor Que Una Y Cinco Mejor Que Tres.....92p

OCURRENCIA DEL PROBLEMA EN LA PRACTICA FORENSE

Capítulo VI: El 3º Tribunal Ambiental de Chile, Y la Excelentísima Corte Suprema un de caso de estudio.....132p

SOLUCIONES SISTEMÁTICAS

CAPÍTULO VII: La Preclusión Procesal Una Solución Hermenéutica y legislativa.....135p

¹ El título del presente capítulo es un guiño al trabajo de: Tavolari Oliveros. Raúl. (1994). "Tribunales, Jurisdicción y Proceso". Primera Parte. Capítulo I (Diligencias para mejor proveer antiguos y nuevos problemas) Editorial Jurídica de Chile, Santiago. Disponible en <http://bibliografias.uchile.cl/4743>

INTRODUCCIÓN

Como el título de esta obra podrá haber advertido al lector, la presente memoria abarca dos temas, que si bien indiscutiblemente caben ambos dentro de la disciplina académica del Derecho Procesal, a primera vista podría parecer extraño su tratamiento conjunto.

Por un lado, la prueba de oficio decretada por el juez o tribunal que, desde los tiempos de la colonia en Chile, conocemos por el nombre de medidas para mejor resolver o medida para mejor proveer y, por otro lado, los acuerdos de los tribunales colegiados, un tema que rara vez despierta el interés de los académicos y alumnos de derecho procesal.

En vista de lo anterior, esperamos que este capítulo introductorio pueda disminuir el desconcierto en el lector de estas páginas y revelar cómo ambos temas se encuentran y conversan en un punto poco obvio y de maneras que por lo menos a nuestro criterio son lo suficientemente interesantes como para justificar su tratamiento conjunto en una sola tesis de pregrado; constituyendo por lo demás la conexión entre estos dos temas tan aparentemente lejanos el uno del otro, una parte no despreciable de la innovación que pretendemos aportar a el estado actual de conocimiento sobre estas instituciones en este trabajo

Respecto al primer tema, es decir la prueba de oficio, nuestro objetivo es contribuir a la discusión académica nacional y contemporánea que existe en torno a los poderes probatorios de los tribunales de justicia. Esta discusión se ve cruzada por puntos comunes de debate respecto a la idoneidad o no de la prueba producida de oficio por el tribunal, su oportunidad, los riesgos o no de esta para la imparcialidad del juzgador, su relación con las normas sobre carga de la prueba, junto con su compatibilidad o no con los principios y fines que inspirarían algunos procedimientos, como el principio dispositivo, la igualdad de armas entre las partes y el de aportación probatoria de parte en la configuración de procedimientos dentro del espectro que recorre las posibilidades teóricas desde adversariales, ha inquisitivos y pasando por los de carácter mixtos.

A modo ilustrativo del estado actual de la discusión y solo considerando autores nacionales², destacamos en orden cronológico a; Guillermo Piedra Buena Richards³, Carlos Pecchi Croce⁴, Raúl Tavolari Oliveros⁵, Hugo Botto Oackley⁶, Diego Palomo Vélez ⁷, Andrés Bordali Salamanca⁸, Claudio Palavecino Cáceres⁹, Ragone Pérez Álvaro¹⁰ e Iván Hunter

² Si se quiere seguir la discusión más allá de las fronteras de Chile, En España se recomienda efusivamente consultar entre otros los siguientes trabajos: Guridi. Exeberria. José Francisco. (2003) "Las facultades judiciales en materia probatoria en la LEC" ISBN: 8484427536. Tirant lo Blanch España. en <https://latam-tirantonline.com.uchile.idm.oclc.org/cloudLibrary/ebook/show/8484427536?showPage=1>, Aroca. Montero. Juan (coordinador) "Proceso Civil e Ideología. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos, Moción de Valencia 2006 Declaración de Azul 2008. 2ª Edición. Tirant Lo Blanch, Valencia 2011. Ramos Ortells. Manuel. (2009) " Sobre El Anteproyecto De Código Procesal Civil Chileno De 2 0 0 6. Una Intervención Provocada". Cuadernos De Extensión Jurídica U. De I Os Andes N° 16, 2009, pp. 53-75.-En países latinoamericanos distintitos de Chile puede consultarse los trabajos de: Sánchez. Hierro Luis Alberto. (2021) " Los debates ideológicos sobre los poderes del juez civil en materia probatoria. Breves reflexiones sobre el modelo de juez cubano" Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686 Año 6/No 19 Otoño 2021 (21 marzo a 20 junio), 484-519 DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e524> (cuba), Rodríguez. U. José. (1968) "Autoridad del Juez y Principio Dispositivo". Universidad de Carabobo Instituto de Derecho privado y Comparado Valencia-Venezuela. (Venezuela), Carvajal. Ramírez. Diana María. 2009 "La prueba de oficio una perspectiva para el proceso dialógico civil". Universidad Externado de Colombia. (Colombia) y a Velloso. Álvaro. (2006) " Garantismo procesal versus prueba judicial oficiosa" Editorial Juris. Rosario. ISBN: 950-817-2851-. (Argentina).

³ Piedrabuena Richard, Guillermo. (1960). "Las medidas para mejor resolver como institución común a todo procedimiento civil". Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

⁴ Croce Pecchi. Carlos. (1975). " La participación del juez en el proceso civil. Su aplicación al CPC chileno" Boletín Mexicano de Derecho Comparado". Nueva Serie, año VIII, n°24.

⁵ Tavolari Oliveros. Raúl. (1994). "Tribunales, Jurisdicción y Proceso". Primera Parte. Capítulo I (Diligencias para mejor proveer antiguos y nuevos problemas) Editorial Jurídica de Chile, Santiago. Disponible en <http://bibliografias.uchile.cl/4743>

⁶ Botto Oakley. Hugo. (2001) "La inconstitucionalidad de las medidas para mejor resolver", Fallos del Mes, Santiago.

⁷ Palomo Vélez. Diego. 2005. " Sobre el papel del juez civil en materia de prueba especialmente de las medidas para mejor resolver. A propósito de la paradoja que evidencia nuestro sistema procesal tras la reforma procesal penal en Revista Gaceta Jurídica n°3.

⁸ Bordali Salamanca, 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 [online]. 2009, n.33 [citado 2022-11-14], pp.263-302. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512009000200007&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-6851. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512009000200007>.

⁹ Cáceres. Palavecino. Claudio. (2011) " El Retorno Del Inquisidor. Las Potestades Judiciales En Materia Probatoria En El Procedimiento Laboral Chileno". Revista Latinoamericana de Derecho Social Núm. 13, julio-diciembre de 2011, pp. 117-140.

¹⁰ Ragone. Pérez Álvaro (2014) " El revisionismo garantista en el proceso civil a través de las ideas de Franz Klein y Adolf Wach". Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLII (Valparaíso, Chile, 2014, 1er Semestre).

Ampuero¹¹ entre otros. Recomendamos su revisión al lector por cuanto este trabajo se sitúa contextualmente en esta discusión académica, sin perjuicio que se dará cuenta de esta de manera resumida y breve en esta obra en los aspectos que le son particularmente atinentes.

La discusión por supuesto es realmente colosal y en definitiva las posturas que los autores y eventualmente los lectores, sostengan a su respecto suelen transparentar una opinión que escapa a la mera cuestión de la prueba de oficio y en cambio se enmarca realmente en cuestiones mucho más abstractas y fundamentales como las visiones y concepciones político-filosóficas que se tengan sobre los fines del proceso y el rol de los jueces en él. Lo anterior, ha provocado el surgimiento entre los académicos que participan de este debate de verdaderos bandos, fácilmente reconocibles. Encontrándose, por un lado, el de los denominados "publicistas", actualmente la doctrina mayoritaria y por el otro, el de los llamados "garantistas" o "revisionistas"¹². Teniendo estos dos claros sectores de la doctrina nacional a la vista podríamos clasificar a los exponentes chilenos del debate de la siguiente manera:

"Publicistas": Guillermo Piedra Buena Richards, Carlos Pecchi Croce, Raúl Tavolari Oliveros, Andrés Bordali Salamanca, Álvaro Pérez Ragone e Iván Hunter Ampuero.

"Garantistas" o "Revisionistas": Hugo Botto Oackley, Diego Palomo Vélez y Claudio Palavecino Cáceres.

Teniendo lo anterior en consideración, el aporte original a la enorme y fructífera discusión a la que este trabajo pretende aportar es extremadamente modesto. Nos circunscribimos a el punto específico respecto a la oportunidad de decretación, realización y valoración de la prueba de oficio especialmente en el contexto de los tribunales colegiados, y especialmente respecto de aquella forma de prueba judicialmente decretada que entre nosotros toma el nombre de medidas para mejor resolver.

¹¹ Hunter Ampuero. Iván. 2020 " Rol de Juez Prueba y Proceso" Der Ediciones limitada. Santiago.

¹² I Junoy. Joan Picó. "El Derecho Procesal entre el Garantismo y la Eficacia: Un Debate Mal Planteado". Derecho y Sociedad n°38. Asociación Civil. pp 274-275.

La justificación de dicha delimitación conceptual es que hemos identificado en la estructura orgánica de estos tribunales y en la técnica legislativa con la se suelen consagrar estos poderes o facultades probatorias, los ingredientes perfectos para crea una situación de riesgo particular: la dictación, realización y posterior valoración de una media para mejor resolver de manera posterior a la adopción del acuerdo por parte de un tribunal colegiado.¹³

Dicha situación exacerbar la más o menos legítima crítica, pero en cualquier caso la más importante sin duda, que aquellos que miran con resquemor las facultades oficiosas de los tribunales en materia probatoria suelen esgrimir frente a sus defensores, es decir la terrible y temida pérdida de la imparcialidad del tribunal. Además, estas mismas circunstancias hacen menos atendible los argumentos que se han enarbolado por la parte publicista de la doctrina para desestimar dicha afectación al derecho a un tribunal imparcial y por extensión al derecho a un debido proceso.

En eso consiste la primera parte de la presente memoria que bien podría haber sido la totalidad de este trabajo académico. Pero la verdad es que casi desde el comienzo del curso de esta investigación, nos dimos cuenta de que la dictación, realización y valoración de la prueba dictada ex officio por un tribunal colegiado luego de la adopción de su acuerdo no solo afecta y de manera severa como explicaremos, la imparcialidad de dicho tribunal, sino que a su vez amenaza con dejar dicha prueba fuera del juicio lógico colectivo que supone la construcción colegiada de la decisión judicial en este tipo de tribunales.

Lo precedentemente mencionado, no solo creemos resulta en una vulneración formal si se quiere a los principios de legalidad y juridicidad por parte del tribunal que actúa de dicha manera, al no aplicar respecto de dicha prueba el legalmente reglado procedimiento que los artículos 79-89 del Código Orgánico de Tribunales prevén para la formación colectiva de la decisión. Sino que a su vez priva de los supuestos beneficios epistémicos que la colegialidad podría otorgar a la valoración de dicha prueba producida por la medida para mejor resolver de manera posterior a la formación y adopción del acuerdo. En vista de lo anterior la segunda parte de este trabajo versará sobre la colegialidad, sus posibles virtudes epistémicas y la forma

¹³ Desde ya advertimos al lector, que esta situación de riesgo no es solo teórica, sino que aunque anómala ha ocurrido en la práctica forense de algunos de nuestros tribunales colegiados, cuestión que será destacada en el capítulo XXXX en que revisaremos a modos de ejemplo la experiencia del 3º Tribunal Ambiental de Chile.

en la que estas se podrían frustrar en las circunstancias descritas de producción de prueba *ex officio* posterior a la adopción del acuerdo.

Lo anterior si bien podría predicarse respecto de cualquier prueba que ingrese al iter decisorio tan tarde en el procedimiento, en realidad es un riesgo que solo puede llegar a ocurrir de manera verosímil respecto de la prueba producida a instancia del tribunal como medida para mejor resolver y no en el caso de la prueba aportada por las partes. Esto es así, por cuanto no existe cercanía temporal ni mucho menos traslape en el orden consecutivo legal de los procedimientos en nuestro derecho vigente, entre la etapa o término probatorio dispuesta para que las partes rindan su prueba y el momento o etapa del procedimiento en que el tribunal colegiado debe acordar su fallo toda vez que ambas se encuentran claramente separadas por la sentencia interlocutoria que cita a oír sentencia y que como sabemos pone fin a la actividad probatoria de las partes, o en el caso de procedimiento reformados, limitada la oportunidad para su producción a la audiencia de juicio.

Por último, y teniendo presente ambos problemas o ambos ángulos del mismo problema si se prefiere (afectación de la imparcialidad del tribunal y afectación del carácter colegiado de la decisión fáctica); esta tesis propone un mismo y unívoco remedio: Que la adopción del acuerdo del fallo por parte de los jueces o ministros que componen un tribunal colegiado ha de considerarse como un momento preclusivo para que el mismo tribunal dicte y consecuentemente valore prueba de oficio. Lo anterior mediante una propuesta interpretativa armónica entre las normas que consagran las medidas para mejor resolver y las normas que rigen los acuerdos de los tribunales colegiados y/o alternativamente mediante una propuesta de reforma legislativa a las mismas. La memoria termina con un capítulo anexo en que se comenta la experiencia forense de un caso en el 3º Tribunal Ambiental de Chile donde se dio la anómala dictación de medidas para mejor resolver de manera posterior a la adopción del acuerdo lo resuelto por nuestra Excelentísima Corte Suprema conociendo de un recurso de queja contra los jueces *a quo*.

LAS FACULTADES PROBATORIAS DE LOS TRIBUNALES

Como una advertencia preliminar, comentamos al lector que la lectura de este capítulo es incapaz de reemplazar el estudio de los textos primarios de los autores que mencionamos en la introducción y muy el contrario siendo esta tesis un texto que pretende participar de la discusión existente al nivel de la literatura especializada, presupone en gran medida la familiaridad del lector con ella y el debate en torno a las facultades probatorias de los jueces.

Sin perjuicio de lo anterior, se tratará en este capítulo de hacer una sucinta síntesis de ella para darle una idea y situar al lector, luego de lo cual rápidamente pasaremos a abocarnos a presentar nuestra posición en dicho debate tomando como punto de referencia la ineludible y formidable obra de más de 762 páginas de extensión que el profesor, Iván Hunter Ampuero, titulada *El rol del juez Prueba y Proceso*, publicado en 2020.¹⁴ Lo anterior debido a que la consideramos la más completa y reciente investigación en el medio chileno respecto a los poderes probatorios de los tribunales..

Por último, mencionamos al lector que la presente tesis está planteada en términos tan amplios como la discusión a la que pretende contribuir^{15 16 17}; en vista de lo anterior no ha de extrañarse el lector si durante el transcurso de la presente memoria realicemos salto en los

¹⁴ Hunter Ampuero, Iván. Op Cit.

¹⁵ Ibid. p 1.

¹⁶ En el mismo sentido transversal está planteada la tesis de Botto Oakley. Hugo. (2001)"La inconstitucionalidad de las medidas para mejor resolver", Fallos del Mes, Santiago. pp 50-51. Lo anterior puede apreciarse en la siguiente cita: " En aspiramos a que esta obra constituya un aporte al análisis y discusión de los alcances reales del concepto fundamental denominado " debido proceso", desde la perspectiva del procedimiento civil chileno, con pretensiones de abrir tal análisis y discusiones a lo penal a través de una teoría unitaria. No podrá escaparse del correcto análisis, que nuestra reciente reforma procesal penal derogó las facultades probatorias por parte del sentenciador, las cuales se mantienen en el proceso civil".

¹⁷ El mismo sentido, amplio y transversal a todo tipo de procedimientos puede verse Vélez. Palomo. Diego. (2005). " Sobre El Papel Del Juez Civil En Materia De Prueba, Especialmente Las Medidas Para Mejor Resolver. A Propósito De La Paradoja Que Evidencia Nuestro Sistema Procesal Tras La Reforma Procesal Penal" Revista Gaceta Jurídica (N° 300).

términos de la conversación desde el procedimiento civil patrimonial, al de familia, ambiental, o incluso al que rige en materia de libre competencia o el laboral¹⁸ o el penal. Lo anterior en nuestra opinión se debe a dos factores, en primer lugar a que la institución a la que en esta primera parte abocaremos nuestra investigación, es decir, las medias para mejor resolver forman parte del Libro I del CPC y por lo tanto son una institución común a todo procedimiento¹⁹ a las que se remiten de manera supletoria múltiples leyes que crean procedimientos especiales^{20 21}, o incluso, son en muchas ocasiones de manera adicional, expresamente reconocidas y aludidas por las normas que crean diversos procedimientos especiales^{22 23} lo que demuestra que a ojos del legislador este las emplea y dispone con total independencia del tipo de procedimiento específico lo que sólo reafirma su carácter de institución procesal común a todo procedimiento. En segundo lugar, porque el problema respecto a la afectación de la imparcialidad del juzgador es un problema que es transversal a todo tipo de procedimientos sin distinción alguna, en atención a que la garantía a ser juzgado por un juez o tribunal imparcial es consustancial al proceso, con independencia del tipo específico de procedimiento del que se trate.

¹⁸ En mismo sentido, extendiendo la discusión con facilidad al procedimiento laboral, puede verse el trabajo de Cáceres. Palavecino. Claudio. (2011) " El Retorno Del Inquisidor. Las Potestades Judiciales En Materia Probatoria En El Procedimiento Laboral Chileno". Revista Latinoamericana de Derecho Social Núm. 13, julio-diciembre de 2011, pp. 118-119.

¹⁹ V.gr. véase artículo 159 del Libro Primero del Código de Procedimiento Civil. en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=22740>

²⁰ V. gr. véase artículo 27 de la ley 19.969 de 2004 " Crea los Tribunales de Familia" en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=229557>

²¹ V. gr. véase artículo 432 del Código del Trabajo de 2002 en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=207436>

²² V. gr. Véase Artículos 22 Y 39 del DL N.º 211 de 1973 "Fija Normas para la defensa de la Libre Competencia" en <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=236106>

²³ V. gr. Véase artículos 11, 29 y 43 de la ley N.º 20.600 de 2012 "Crea los Tribunales Ambientales" en <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1041361>

CAPÍTULO I

Breve Reseña histórica de las facultades probatorias de los tribunales: El Debate, Su Estado Actual y Nuestra Posición

Ahora haremos una pequeña reseña histórica de la evolución del derecho procesal civil moderno, a través del tiempo y la ideología hasta nuestros tiempos con el fin contextualizar el lector y situarlo en el debate actual que divide a la doctrina en torno a los poderes probatorios de los tribunales. Lo anterior por cuanto: "Revisar los presupuestos históricos, políticos e ideológicos de los poderes del juez civil se justifica como un buen ejercicio productivo para el que quiera comprender a cabalidad el fondo del problema que suscita la concesión de potestades oficiosas, especialmente para entender las principales objeciones formuladas por la doctrina"²⁴.

Tomaremos prestada la periodificación que postula el profesor Iván Hunter Ampuero; (i) El proceso en el Estado Liberal del siglo XIX; (ii) el proceso y su publicación y socialización en el estado social de derecho del siglo XX y (iii) La denomina concepción garantista del proceso del siglo XXI. Sin perjuicio de que si el lector busca remontarse más atrás en la historia del derecho procesal de occidente y la configuración de diverso modelos de procedimiento y la distribución exacta que estos han hecho en lo relativo a la distribución del rol probatorio entre las partes y el tribunal, a pie de página recomendamos algunas fuentes²⁵.

El proceso civil en el Estado Liberal del siglo XIX

Respecto del proceso en este primer periodo este caracteriza por las ideas individualistas que estaban en su apogeo en ese momento post revolución francesa. y caída del antiguo régimen, así se considera que el proceso civil es una cuestión netamente entre partes, en que el estado no tiene interés y por lo tanto no debe intervenir. El fin del proceso es simplemente la resolución de los conflictos entre los ciudadanos y por lo tanto la heterocomposición de la paz social, sin que se le diera especial importancia a la forma específica en que se resolvía el conflicto

²⁴ Hunter Ampuero. Iván. Op. cit. p15.

²⁵ Hunter. Ampuero Iván. (2011) " Rol Y Poderes Del Juez Civil: Una Mirada Desde La Eficiencia Del Proceso". Revista de Derecho Universidad Católica del Norte Sección: Estudios Año 18 - No 2, 2011 pp. 76-81.

y mucho menos si dicha solución se correspondía o no con la realidad o verdad material de los hechos.

El estado juez durante este periodo toma la forma de una judicatura pasiva frente a los litigantes, correlato de la concepción *laissez-faire* de las dominantes durante el mismo periodo. En esta concepción del proceso, las partes se alzan como verdaderos dueños del proceso en el entendido de que su dominio o titularidad sobre sus derechos subjetivos de orden privado se refleja en un dominio absoluto sobre sus pretensiones deducidas en juicio, lo anterior nos es más que el contenido del llamado principio dispositivo el cual durante ese periodo no solo surge en toda su gloria y majestad sino que se expande para aumentar su significado no sólo al dominio de las partes respecto del objeto del proceso, sino respecto del proceso mismo.

En este sentido el profesor Jesús Ezurmendia Álvarez nos indica respecto de la idea del proceso civil en el periodo: "Esta idea del proceso civil se entiende como una proyección procesal , a los tribunales, del derecho civil sustantivo, cuyos principios inspiraron la codificación decimonónica y que se sostiene sobre un modelo del ciudadano formalmente igual, que goza de una posición negocial simétrica y que es entendida por el Estado como quien se encuentra en la mejor posición para la defensa de sus intereses, pudiendo disponer de ellos libremente, con amplio margen de acción de la autonomía privada, llegando a confundirse el dominio sobre la cosa litigada con el dominio respecto del proceso".²⁶

En síntesis, bajo esta concepción del proceso, el rol del juez quedaba exclusivamente limitado a la dictación de la sentencia definitiva, careciendo de todo tipo de facultades que pudiera ejercer de oficio, ya sea formales o materiales; no pudiendo a motu propio verificar los presupuesto procesales (competencia legitimidad etc.), impulsar el procedimiento hacia su término, sanear el proceso de vicios formales; Ni tenía ningún rol que jugar en la conformación del material del proceso, careciendo de facultades para pronunciarse sobre la admisibilidad o pertinencia de la prueba rendida por las partes y careciendo de facultades para introducir material probatorio de manera oficiosa²⁷.

²⁶ Ezurmendia. Álvarez Jesús. (2022) "Diseño Institucional y Modelo de Justicia Civil Simbiosis Orgánica y Funcional" en Principios de Justicia Civil dirigido por Jesús Ezurmendia Álvarez. Bosch Editor. España. p 43.

²⁷ Piedrabuena Richard, Guillermo. Op. Cit. pp 17-18.

"El proceso, entonces es comprendido siempre desde la óptica de los derechos individuales, particularmente de aquellos de corte económico, asignándole al estado residual de orden público y protección de estos intereses. El aspecto jurisdiccional del Estado se reduce a un medio de discernimiento de conflictos y coacción, sin una inquietud de lo sustantivo del conflicto. Este tipo de derecho procesal refleja el esquema liberal del libre mercado, es decir, la autonomía de las partes y su absoluta libertad frente al Estado como mecanismo óptimo para la distribución de los recursos en el aspecto de la controversia"²⁸.

Lo anterior lo confirma una revisión de la consolidación y expansión legislativa a través de los ordenamientos procesales europeos de la época y como estos que encarnan dicho paradigma: el código de procedimiento civil Francés de 1807, el código de procedimiento civil sardo de 1859, el *Código Italiano* de 1866 y el Reglamento Procesal Germánico de 1879, además de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 1855²⁹.³⁰ Por el contrario, la única y gran excepción al paradigma liberal del proceso durante el siglo XIX es la Ordenanza Procesal del Imperio Austrohúngaro de 1895., elaborado por el ministro de justicia Franz Klein, la cual es considerada por la doctrina como la primera legislación procesal en iniciar el proceso de publicación del proceso que analizaremos en el siguiente apartado.

Ahora bien, retomando la caracterización del proceso civil en el Estado Liberal del siglo XIX, siguiendo al procesalista venezolano José Rodríguez U: podemos caracterizar este periodo, en base al contenido que se le adscribía durante el mismo al principio dispositivo, lo que el autor llama la versión tradicional del principio dispositivo y lo que Guillermo Piedrabuena Richards entre nosotros denomina proceso civil clásico en su ya citada famosa memoria de licenciatura.

²⁸ Osori.Gaete. Diego. (2022) "Las Facultades de Oficio del Juez: Una alternativa para superar los tiempos de crisis de la justicia civil" en Principios de Justicia Civil dirigido por Jesús Ezurmendia Álvarez. Bosch Editor. España. p128.

²⁹ Respecto a la caracterización liberal del Reglamento Procesal Germánico de 1879 el profesor Ávaro Pérez Ragone nos informa: "Era considerado un código de tinte liberal donde la libertad y el dominio de las partes primaba en su visión sobre cualquier impulso por parte del tribunal o cualquier tipo de "intromisión por parte del Estado" se manifestaban en la solución de los conflictos a través del proceso civil. Así en los hechos el Estado y la Judicatura no tenían ningún tipo de interés en la corrección y justicia de la sentencia que se pronunciaba. En consecuencia la determinación de la verdad era ajena como finalidad al proceso; el resultado y la sentencia correcta, acorde a la verdad era apenas una consecuencia accidental, lo que justificaba el rol pasivo del tribunal." en: "El Revisionismo Garantista en el Proceso Civil" *Revista de Derecho XLII (1er Semestre de 2014)* p535.

³⁰ Hunter Ampuero. Iván. (2020) " Rol de Juez Prueba y Proceso" Der Ediciones limitada. Santiago. pp 19-26

Así durante el estado liberal del siglo XIX este tenía el siguiente contenido resumido en los siguientes cuatro aspectos:

1) No hay proceso sin demanda del actor (*Nemo iudex sine actore*,) 2) El proceso queda configurado por las alegaciones, acciones y excepciones que aportan las partes no pudiendo el juez modificar su objeto ni la causa de pedir, las partes son por lo tanto dueñas del (*thema desidendum*), 3) El juez debe fallar según lo probado por las partes "*iudex iudicare debet secundum allegata et probata partibus*" 4) El juez no puede extender su decisión más allá de lo que ha sido solicitado por las partes, ni puede conceder una cosa distinta a la pedida por las partes (*Ne eat index ultra patita partum*)³¹.

Para una caracterización tanto en el listado de los aforismo incluidos en el contenido del principio dispositivo como en el sentido y alcance de cada uno de ellos bajo la concepción liberal del proceso puede consultarse también el trabajo del profesor Claudio Palavecino Cáceres³². Por último, otros tratadistas³³ agregan, de manera correcta en nuestra opinión, un quinto elemento que no es más que el correlato natural del principio (*Nemo iudex sine actore*.) 5) Las partes al ser dueñas del derecho interés privado que se encuentra controvertido ante el órgano jurisdiccional, pueden libremente disponer ponerle término anticipado al pleito, mediante el desistimiento de la demanda, el allanamiento, o la transacción extrajudicial. (*res in audición deductae*)

Nos parece que más allá de la posibilidad de combinar algunos de los aspectos enumerados hasta aquí para reducir el listado³⁴, ellos comprenden el contenido y alcance que durante el periodo que hemos denominado del estado liberal del siglo XIX, se tenía del, o se le adscribía al, principio dispositivo. El cual fungía como la proyección natural en el proceso de los

³¹ Rodríguez. Urraca. José. (1968) "Autoridad del Juez y Principio Dispositivo". Universidad de Carabobo Instituto de Derecho privado y Comparado Valencia-Venezuela. pp 8-10.

³² Cáceres. Palavecino. Claudio (2011) "Sistemas Procesales e Ideologías "en Derecho y Humanidades ISSN 0726-9825 N° 17, 2011. p20.

³³Véase por ejemplo Carvajal. Ramírez. Diana María. 2009 "La prueba de oficio una perspectiva para el proceso dialógico civil". Universidad Externado de Colombia. p 254. y Ampuero. Hunter. Iván. 2020 " Rol de Juez Prueba y Proceso" Der Ediciones limitada. Santiago p 604.

³⁴ En este sentido puede verse a Guridi. Exeberría. José Francisco. (2003) "Las facultades judiciales en materia probatoria en la LEC" ISBN: 8484427536. Tirant lo Blanch España. en <https://latam-tirantonline-com.uchile.idm.oclc.org/cloudLibrary/ebook/show/8484427536?showPage=1> pp 23-30.- quién combina los aspectos 3) y 4) en un mismo punto de su enumeración.

derechos constitucionales de propiedad y de libertad de emprendimiento que las partes tiene respecto de sus derechos de carácter privado objeto de la controversia.^{35 36}

(ii) El proceso civil y su publicación y socialización en el estado social de derecho del siglo

XX

La transformación política de los estados naciones de occidente al final del siglo XIX y a comienzos del XX, mutando desde el paradigma de estado de derecho a secas o estado liberal hacia el paradigma del Estado social de derecho, que agrega a la definición anterior una nueva concepción de la función del Estado llamado a influir más protagónicamente en la sociedad, mediante políticas industriales, redistributivas y en general con una preocupación central por la justicia social y la igualdad real entre los ciudadanos³⁷.

Esta nueva realidad, proyectada al ámbito procesal, se tradujo en el llamado fenómeno de la publicación o socialización del proceso civil lo que acarreó la intensificación de la actividad oficiosa del juez cuya imagen no podía ya comportar un arquetipo de observador distante e impasible de la lucha entre las partes, un simple fiscal encargado de vigilar el comportamiento de las partes y asegurar la observancia de las "reglas del juego" para luego proclamar al vencedor.³⁸

³⁵ En Chile, Bordalí, Andrés, *Los poderes del juez civil*, en De la Oliva Santos - Palomo Vélez (coordinadores), *Proceso Civil. Hacia una nueva justicia civil* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007), p. 190, sustenta que el principio dispositivo se afianza en el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política de la República. - Por su parte Hunter. Ampuero. Iván . 2020 en " Rol de Juez Prueba y Proceso" Der Ediciones limitada. Santiago agrega a su vez el artículo 19 n° 21 de la misma carta fundamental.

³⁶ En España, I Junoy. Joan Picó. "El Derecho Procesal entre el Garantismo y la Eficacia: Un Debate Mal Planteado". *Derecho y Sociedad* n°38. Asociación Civil. pp 279.

³⁷ Para un concepto de Estado Social de Derecho, sus orígenes, características y contrastes con el concepto de Estado de Derecho a secas véase el trabajo de Borda Villar. Luis. (2007) *Revista Derecho de Estado* n° 20 Diciembre 2007. En palabras de este jurista y cientista político colombiano "...el creador del concepto de Estado social de derecho es el jurista alemán Hermann Heller (1891-1933). Por primera vez en 1930 plantea la tesis al formular la alternativa entre Estado de derecho y dictadura. El Estado de derecho es insuficiente para hacer realidad el principio formalmente consagrado de la igualdad, pues el legislador no tiene en cuenta, dentro de tal Estado, las relaciones sociales de poder, convirtiendo así el derecho en una expresión de los más fuertes. Por el contrario, el Estado social de derecho ha de proponerse favorecer la igualdad social real. Esto trae como consecuencia la obligación de proteger derechos tales como el del empleo, el del arrendatario, el de la mujer y la juventud, el de seguridad social y asistencia médica, el de educación, etc". - . p 83.

³⁸ Barbosa. Juan Carlos. (1985) "A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes da direção na instrução do processo". En *Revista de proecssso* N° 37 Año X. p 103.

En palabras de Iván Hunter Ampuero: " La idea detrás de la publicación del proceso civil es relativamente simple: el proceso civil, aun cuando esta derechos e intereses, por regla general, de naturaleza privada, representa al mismo tiempo una función pública del Estado y como tal este tiene un claro interés en un rápido, imparcial y justo ejercicio de la función"³⁹.

Si bien el anterior proceso de transformación del proceso se asienta, como diría José Francisco Guridi. Exeberría: " ...en gran medida sobre un fundamento ideológico: la consideración de que en la controversia procesal, el hecho de que interés en litigio tenga naturaleza privada no implica negar que resulte afectado un interés público que el Estado tiene el deber de velar"⁴⁰. Creemos importante destacar que también responde al agotamiento del paradigma liberal del proceso anterior y su entrada en crisis frente el fenómeno de la creciente masificación de la litigación que se fue dando progresivamente conforme avanzó el siglo XX⁴¹ Lo anterior requirió el surgimiento de una mirada sistémica del proceso que mirara al conjunto de ellos y no solo cada uno individualmente considerado, lo anterior por su puesto creemos puso en el centro aspectos sistémicos relevantes como el costo para la sociedad de los procesos y el tiempo que demora su resolución, los cuales indefectiblemente comprometen patrimonialmente al Estado como prestador del servicio⁴².

Otros autores publicistas van incluso más lejos y consideran que existiría un interés estatal por la correcta realización del derecho objetivo en el caso en concreto, en ese sentido el autor Andrés Bordalí Salamanca nos indica: "En relación al resultado del proceso, al juez le interesa que la sentencia que dictará sirva para dar vida al Derecho que han creado los otros órganos estatales. Y para dar vida al Derecho no hay otra posibilidad que acercarse con la prueba lo más que se pueda a la verdad extraprocesal"⁴³.

³⁹ Ampuero Hunter, Iván. (2020) " Rol de Juez Prueba y Proceso" Der Ediciones limitada. Santiago.p 33.

⁴⁰ Guridi, Exeberría, José Francisco. Op Cit p19.

⁴¹ Ezurmendia, Álvarez Jesús. (2022) Op Cit p 45.

⁴² Osorio, Gaete, Diego. (2022) Op Cit. p138.

⁴³ Bordalí Salamanca, Andrés. El derecho fundamental a un tribunal independiente e imparcial en el ordenamiento jurídico chileno. 2009. «Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso [online]. 2009, n.33.» Último acceso: 14 de 11 de 2022. p 288.

Por su parte Jordi Ferrer Beltrán también comparte esta visión comprometida con la realización en concreto del derecho vigente al señalarlos: " En cambio, si se pone en el centro de la mesa un modelo de proceso gobernado por el objetivo de la correcta aplicación de las consecuencias jurídicas previstas en la legislación sustantiva, sea esta civil, penal, laboral, etc., esto exige de la institución probatoria que se dirija a la averiguación de la verdad. Sólo si se atribuye la consecuencia jurídica prevista para quien cause daño a un tercero a quien lo haya causado realmente y no se aplica a quien no lo haya causado podrá decirse, en definitiva, que el proceso ha cumplido con su función de aplicar el derecho vigente y, de este modo, implementar las políticas públicas que el Estado busca conseguir a través del derecho"⁴⁴.

En base a este diagnóstico, el fenómeno de la publicación del proceso comienza a plasmarse legislativamente, una revisión los ordenamientos de la época conduce a un resultado único: "...el paso al Estado Social conllevó un considerable aumento a las facultades oficiosas de los jueces civiles"⁴⁵. El puntapié de dicho proceso de publicación del proceso, legislativamente hablando lo da la Ordenanza Procesal del Imperio Austrohúngaro de 1895, que como ya adelantamos fue elaborada por el ministro de justicia de la época Franz Klein. Klein delinea la función social del proceso e identifica los aspectos socioeconómicos del instituto procesal. La premisa básica del razonamiento Kleineniano es entender que el proceso constituye un fenómeno social de masas y, por lo tanto, debe ser regulado cual instituto de bienestar.⁴⁶

La Ordenanza Procesal de Franz Klein, se distingue por introducir un modelo procesal caracterizado por la oralidad, la concentración de actos procesales y las amplias potestades de los jueces en la conducción del proceso⁴⁷. En lo que nos competen a nosotros, la prueba de oficio

⁴⁴ Ferrer. Beltrán. Jordi (2017) " Los poderes probatorios del juez y el modelo de proceso" Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho Número 36 (2017) | ISSN: 1138-9877 | 10.7203/CEFD.36.10632 Publicado el 27.12.2017. Disponible en: <https://www.researchgate.net/publication/p89-91>.

⁴⁵ Ampuero Hunter. Iván. (2020) " Rol de Juez Prueba y Proceso" Der Ediciones limitada. Santiago.p 28.

⁴⁶ Ampuero Hunter. Iván. (2020) Op. Cit. p63.

⁴⁷ Sánchez. Hierro Luis Alberto. (2021) Op Cit p 486.

y el rol del juez; la Ordenanza de Klein parte del diagnóstico de que el rol ilimitado de la libertad de las partes puede afectar la fijación de los hechos, la determinación de la verdad, y con ello la inversión de costo y tiempo verdaderamente necesaria para un proceso. El juez efectivamente no debiera asumir un rol pasivo frente a las conductas estratégicas y de dirección exclusiva y excluyente de las partes.⁴⁸

Mucho se ha dicho en la doctrina procesal a favor y en contra de la Ordenanza Procesal de Klein y su sustrato ideológico. Para una revisión completa y que se hace cargo tanto de los argumentos que califican a este cuerpo normativo como autoritario, como para una apología del mismo véase la muy detalla recapitulación del debate echa por Iván Hunter Ampuero⁴⁹ y el análisis de Álvaro Pérez Ragone⁵⁰ ambos desde la mirada publicista. Por el contrario si se quiere una reseña de la misma desde la corriente Garantista puede verse el trabajo de Adolfo Alvarado Velloso⁵¹

También, ha causado abundante polémica entre la doctrina la legislación que posteriormente durante la primera mitad del siglo XX, inspiró la experiencia Austro-Húngara de Klein; es decir la Ordenanza Alemana de 1937 y el *Código* Italiano de 1940 ambas legislaciones nacidas en el seno de estados fascistas y totalitarios dirigidos por Adolfo Hitler y Benito Mussolini respectivamente. Incluso algunos autores "garantistas" atribuyen al fenómeno de la publicación hijos tan objetables como la legislación procesal civil adoptada en la U.R.S.S en 1937 y 1979^{52 53}.

Por su parte los defensores del publicismo contestan, negando o matizando el calificativo autoritario de los textos, postulando ya sea un origen no autoritario de las ideas

⁴⁸ Ragone. Pérez. Álvaro. (2014) Op Cit. p525.

⁴⁹ Ampuero Hunter. Iván. (2020) Op. Cit. p 62-86.

⁵⁰ Ragone. Pérez. Álvaro. (2014) Op Cit. p 527-533.

⁵¹ Velloso. Alvarado. Adolfo. (2006) " Garantismo Procesal versus Prueba Judicial Oficiosa". Editorial Juris. Rosario. Argentina. pp 76-80.

⁵² Ibid. pp 89-91.

⁵³ Cáceres. Palavecino. Claudio (2011) "Sistemas Procesales e Ideologías "en Derecho y Humanidades ISSN 0726-9825 N° 17, 2011. p21.

inspiradoras de dichas legislaciones, que el contenido de las mismas si bien otorga mayores facultades al juzgador difícilmente puede ser calificado de autoritario toda vez que dichas legislaciones dejaron intacto principios como "*nemo iudex sine actore*" o "*nemo iudex ultra petita partium*", que la posterior mantención ya en tiempos democráticos de dichas innovaciones legislativas demostraría que no estarían indisolublemente atadas al contexto ideológico que las vio nacer, distinguiendo entre manifestaciones débiles y fuerte del proceso de publicación y de éste respecto al proceso de socialización del proceso civil como tres fenómenos distintos que no sería adecuado juzgar metiendo todos en un mismo saco o una combinación de todas las anteriores⁵⁴.

La anterior polémica doctrinal complejiza enormemente la discusión técnica sobre la conveniencia o no del otorgamiento de facultades oficiosas a los tribunales con una potente carga ideológica, que es demasiado extensa para abordar pormenorizadamente en este trabajo sin inexorablemente descarrilarlo, por lo que nos abstendremos de entrar en él.

Teniendo en cuenta lo anterior, lo mejor que podemos hacer es referir al lector a algunos trabajos capitales en los se desarrolla el debate, con miras a que pueda tomar una postura propia sobre la genealogía de las ideas detrás de la publicación del proceso y su vinculación o no con ideologías totalitarias, además de si dicha vinculación o vicio original vuelve de manera necesariamente totalitaria toda concesión legislativa de poderes oficiosos probatorios al tribunal sin importar su configuración en específico ni la existencia de eventuales resguardos legislativos o no. El tema no es sencillo y en el fondo versa sobre si se considera posible o no el desvincular al derecho procesal de las fuentes materiales, históricas y políticas, que influyeron en sus primeras cristalizaciones legislativas.

Para una aproximación comprensiva del fenómeno de la vinculación del proceso civil y la ideología recomendamos encarecidamente al lector la lectura de los trabajos de los siguientes autores publicistas: Joan Picó I Junoy⁵⁵, Gionvanni,Verdi⁵⁶, José Carlos Barbosa Moreira⁵⁷ e Ivan

⁵⁴ Por todos véase. Ampuero Hunter. Iván. (2020) Op. Cit. p 27-126.

⁵⁵ I Junoy. Joan Picó. "El Derecho Procesal entre el Garantismo y la Eficacia: Un Debate Mal Planteado". Derecho y Sociedad n°38. Asociación Civil.

⁵⁶

⁵⁷

Hunter Ampuero⁵⁸; y por el otro extremo de la cuerda a los siguientes autores de la corriente "garantistas o revisionistas": Franco Cipriani⁵⁹, Giralamo Monteleone^{60 61}, Juan Montero Aroca^{62 63} y a Adolfo Alvarado Velloso^{64 65}. Por último, y para facilitarle la tarea al lector, debemos indicar que una gran cantidad de los trabajos citados de los autores de ambas corrientes de pensamiento mencionados se encuentran compilados en una antología coordinada por el profesor Juan Montero Aroca, el cual constituye por lo tanto una forma invaluable para cualquiera que desee interiorizarse rápidamente sobre el tema⁶⁶.

Hecho el anterior reenvió de responsabilidad al lector respecto a la arista ideológica del debate, podemos enfocarnos en la consecuencia más importante que traería el advenimiento de la publicación del proceso. La delimitación del sentido y alcance del principio dispositivo al distinguirlo del principio de aportación de parte, reduciendo así el contenido del primero y dejando a salvo de críticas sustentadas en la aparente inconstitucionalidad de un proceso civil que optase por otorgar facultades probatorias de oficio a los jueces, por no ser congruente con el principio dispositivo. Este constituye el segundo punto de discusión más importante entre ambas corrientes.

⁵⁸ Ampuero Hunter, Iván. (2020) Op. Cit. p 126-152.

⁵⁹ Cipriani, Franco (2002) "Il processo civile italiano tra efficienza e garanzie" en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* (núm. 4 del año 2002). Italia.

⁶⁰ Monteleone, Girolamo. (2003) "Principios e ideologías del Proceso Civil: Impresiones de un "revisionista" ". en *Revista Trimestrale Di Diritto E Procedura Civile*. 2003. Pp 575-582.

⁶¹ Idem. (2005) "El Actual Debate Sobre Las <<Orientaciones "Publicísticas">> Del Proceso Civil". Traducción al español de José Luis Gabriel Rivera. en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, 2005, num 7, pp. 223-246.

⁶² Montero Aroca, Juan (2001) "Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil". Valencia: Tirant lo Blanch.

⁶³ Idem. La nueva ley de enjuiciamiento española y la oralidad. en *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, ISSN 0251-3420, ISSN-e 2305-2546, N°. 53, 2000, págs. 583-668 disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5084998>

⁶⁴ Velloso, Alvarado, Adolfo. (2006) " Garantismo Procesal versus Prueba Judicial Oficiosa". Editorial Juris. Rosario. Argentina.

⁶⁵ Idem. (2015) "La Imparcialidad Judicial y el sistema inquisitivo de juzgamiento". Texto basado en la ponencia en el XXVI Congreso Nacional Colombiano de Derecho Procesal. Bogotá. Septiembre de 2015.

⁶⁶ Aroca, Montero, Juan (coordinador) "Proceso Civil e Ideología. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos, Moción de Valencia 2006 Declaración de Azul 2008. 2ª Edición. Tirant Lo Blanch, Valencia 2011.

En palabras sencillas este postulado desmiembra el contenido que durante el siglo XIX se tenía del principio dispositivo, del cual dimos cuenta entre las páginas 11-12 de la presente memoria. Extirpando del contenido del mismo la mitad del tercer aspecto que enumeramos y que se encuentra resumido en el aforismo "*iudex iudicare debet secundum allegata et probata partibus*".

Estas tesis parten de la idea de que en el brocardo medieval "*iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium*", no se contiene un solo principio, sino dos. Y mientras el primero, relativo a las alegaciones sería parte del principio dispositivo, y constituiría un límite absoluto que no debe ser transgredido, el segundo relativo a la prueba de dichas alegaciones fácticas sería una mera opción técnica, matizable o descartable en atención a argumentos u objetivos prácticos que pueden ser libremente perseguible y optimizables por el legislador procesal civil.⁶⁷

Respecto a la importancia de esta revolucionaria idea de reconceptualización del principio dispositivo, Iván Hunter Ampuero nos indica: "En la medida que se reconozca una separación entre ambos es posible sostener una interpretación coherente y legítima de la actividad probatoria del juez . En efecto, si se adhiere a la doctrina conforme a la cual el principio de aportación de parte tiene acogida en el principio dispositivo, entonces toda excepción al mismo a través de la concesión de potestades probatorias al juez sería inconstitucional"⁶⁸.

Dicho lo anterior, advertimos al lector que la distinción precedente abrió una discusión interna dentro de los propios exponentes del publicismo procesal, sobre sí pudiendo el juez producir prueba de oficio, ésta debía recaer necesariamente sobre los hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos por las partes en su alegaciones o si podía recaer sobre otro tipo de hechos, que en palabras de Ricardo Piedrabuena Richards: "...se producen por la acumulación del material del proceso, sea que esta provenga de los escritos posteriores de las partes, o de la prueba rendida o de las comunicaciones de otros tribunales, como oficios, exhortos, etc"⁶⁹.

⁶⁷ Rodríguez. Urraca. José. (1968) "Autoridad del Juez y Principio Dispositivo". Universidad de Carabobo Instituto de Derecho privado y Comparado Valencia-Venezuela. (Venezuela).

⁶⁸ Ampuero Hunter. Iván. (2020) Op. Cit. p 605.

⁶⁹ Piedrabuena. Richards. Ricardo. Op. Cit p26.

En pro de esta coyuntura la doctrina ha construido distinciones entre alegaciones de hechos primarios, constitutivos de los sujetos, la causa u objeto de pedir de la pretensión por un lado y alegaciones respecto a hechos secundarios⁷⁰. Alegaciones de hechos principales de exclusivo dominio de las partes y secundarios que podrían ser introducidos por el juzgador ex officio, la distinción es compleja y consideramos junto con Hunter pone en un riesgo permanente y latente el respeto al principio dispositivo en el proceso civil en su vertiente del deber de congruencia judicial, el cual es un elemento del principio dispositivo, incluso en su reconceptualización estricta postulada por la corriente publicista., al contrario véase Tarrufo⁷¹

Nos parece finalmente que la más razonable opinión al respecto la sustenta nuevamente profesor Iván Hunter Ampuero, quien termina postulando un reparto de roles entre partes y tribunal que atiende a esta distinción entre un principio dispositivo semánticamente reducido a su correcto significado y que sería de contenido obligatorio para el legislador procesal civil y el principio de aportación probatoria de parte el cual sería técnico y contingente. En este sentido el autor califica a las resoluciones judiciales como actos exclusivos del tribunal por una parte; a la demanda (hechos y peticiones concretas sometidas al juicio del tribunal), el allanamiento, la conciliación, la interposición de un recurso y el desistimiento como actos exclusivos de las partes y por último a los actos que dan curso progresivo al procedimiento y a aquellos que decretan o producen prueba como mixtos⁷². Quedándole vedado al juzgador a propósito de la dictación de prueba de oficio introducir nuevos hechos o según mejor lo entendemos nosotros nuevas alegaciones respecto a ellos solo pudiendo producir prueba de oficio para confirmar o desconfirmar las alegaciones respecto de los hechos ya introducidas y controvertidas por las

⁷⁰ Ampuero Hunter. Iván. (2020) Op. Cit. pp 606-608.

⁷¹ En contra de limitar la actividad probatoria del juez a los hechos respecto de los cuales las partes han controvertido en sus alegaciones véase a Tarrufo Michele quien en su trabajo: " ¿Verdad Negociada?" en Revista de Derecho, Vol. XXI - N° 1 - Julio 2008, Páginas 129-151 nos indica: "De otro lado, no se puede excluir la asunción de medios de prueba admisibles y relevantes en torno a la verdad o a la falsedad del hecho no objetado, si las partes han deducido tales pruebas o el juez las ha dispuesto de oficio. En todo caso, el hecho no objetado debe ser efectivamente objeto de decisión, en el sentido que el juez puede siempre extraer elementos de convicción en torno a la verdad o falsedad de él, de cualquiera fuente de convicción que le venga suministrada en el curso del proceso. Además, el juez podrá desconocer su existencia, por ejemplo, cuando la verdad de aquel hecho le aparezca inverosímil o resulte en contraste con otros hechos que han sido probados. En sustancia, el hecho no objetado podrá ser considerado como verdadero, y por tanto puesto como fundamento de la decisión, sólo cuando el juez haya madurado la convicción de la verdad del enunciado que lo describe".

⁷² Hunter. Ampuero Iván. (2020) Op Cit. pp 614-617.

partes, debiendo incluso ignorar en su fallo hechos nuevos si estos surgieran de la práctica de medidas probatorias oficiosas y en ningún caso a pretexto de estas introducir fuentes de prueba que las partes no han dado a conocer al tribunal ⁷³

En el mismo sentido se pronuncia el jurista nacional Carlos Pechhi Croce quien nos indica: "...debemos hacer un distingo entre la aportación de los hechos y la aportación de la prueba. La primera labor es exclusivamente vinculante y, por consiguiente, le corresponde solo a las partes, careciendo el juez de la facultad de poder incorporar a la litis nuevos hechos que no hayan sido alegados por las partes, no obstante tener este el conocimiento privado de la existencia de hechos trascendentales y relevantes. Estos es, se excluye la ciencia privada del juez del juez⁷⁴ aquellos conocimientos que el juzgador haya podido adquirir no en el ejercicio de su función jurisdiccional sino como un simple particular. Esta prohibición se encuentra aceptada por la mayoría de los CPC, como ocurre en el artículo 160 del chileno, en el artículo 115 del italiano etcétera.

La segunda faena debe corresponder tanto a las partes para demostrar la efectividad de sus respectivas alegaciones, como al tribunal para decretar de oficio, en los casos que los estime conveniente, todas aquellas diligencias necesarias para investigación de la veracidad de las afirmaciones de los litigantes⁷⁵.

Además no podemos dejar de mencionar que existe una postura coincidente respecto al resultado, dejar fuera del contenido del principio dispositivo la obligación del tribunal de fallar acorde a la prueba producida exclusivamente por las partes, pudiendo también el tribunal aportar prueba para confirmar o desconfirmar las alegaciones de hecho realizadas por las partes, pero que no descansa en una reinterpretación del principio dispositivo y su distinción con el de aprobación de parte, sino que desde un análisis histórico y genealógico del aforismo, cuestiona que la máxima *iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium* haya sido históricamente

⁷³ Ibid. pp 588-592

⁷⁴ Si al lector le interesa profundizar respecto a la prohibición del empleo de la ciencia o conocimiento privado del juez recomendamos el trabajo de Stein, Friedrich, Andrés de la Oliva Santos, & Leonardo Prieto Castro. (1988) "El conocimiento privado del juez: investigaciones sobre el derecho probatorio en ambos procesos". 2a. ed. Bogotá-Colombia: Editorial Temis.

⁷⁵ Croce Pecchi. Carlos. (1975). Op Cit. pp 871-872.

parte del contenido del principio dispositivo y que su adopción por los juristas del siglo XIX constituiría un error en la adopción del mismo cuyo significado auténtico simplemente contendría una prohibición al juez del empleo de sus conocimientos o ciencia privada para fallar la contienda, obligándolo en cambio a fallar según lo probado en el proceso , ya sea por las partes o por el indistintamente. En este sentido véase el importante trabajo de Joan Picó I Junoy⁷⁶.

Dicho todo lo anterior, debemos en justicia decir que esta reconceptualización del principio dispositivo que habilita la posibilidad de modelos mixtos respecto a la prueba, no es pacífica y por el contrario es fuertemente cuestionada por autores que participan de la corriente garantista o revisionista del proceso. En ese sentido véase como ejemplo a el profesor Claudio Palavecino Cáceres quien postula: " En efecto, la disociación del "principio de aportación de parte" del "principio dispositivo" y el desgajamiento del "principio de investigación de oficio" del "inquisitivo", configurándolos como unidades conceptuales independientes, ha permitido una nueva combinación de principios especialmente funcional al fenómeno de la publicización del proceso civil. A través de este juego de prestidigitación con los principios, la corriente dogmática procesal dominante pretende cuadrar el círculo sosteniendo que los intereses privados en conflicto no se verían menoscabados por un aumento de los poderes formales y materiales del juez, puesto que el interés de parte y el interés público que –se supone– salvaguardan las potestades judiciales serían perfectamente conciliables"⁷⁷.

Para concluir este acápite, recordamos al lector que el fenómeno iniciado por la ordenanza de Klein, basado en esta reinterpretación del principio dispositivo y su separación con el de aportación probatoria de parte en pro de salvaguardar interés de la comunidad política en el proceso, rápidamente se extendió a otras jurisdicciones que influenciadas por esta optaron por introducir reformas legislativas en sus ordenamientos procesales civiles que otorgan mayores facultades formales y materiales oficiosas a sus tribunales, constituyendo hoy en día la

⁷⁶ Joan Picó I Junoy. (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". J.M. BOSCH EDITOR Librería Bosch, S.L. Av. Diagonal, 38208037 Barcelona.

⁷⁷ Cáceres. Palavecino. Claudio. (2011) " El Retorno Del Inquisidor. Las Potestades Judiciales En Materia Probatoria En El Procedimiento Laboral Chileno". Revista Latinoamericana de Derecho Social Núm. 13, julio-diciembre de 2011, pp. 118-119.

norma en países como como Italia , Alemania, Francia, Inglaterra y Estados Unidos De América y la gran mayoría de los estados Latinoamericanos durante el avance del siglo XX y hasta la actualidad consolidándose por regla generalísima en la mayoría de las jurisdicciones, el otorgar algún grado importante de poderes oficioso formales y materiales al tribunal .⁷⁸

Sin perjuicio de lo anterior el cambio de siglo, trajo consigo el surgimiento del movimiento garantista o revisionista que desde una posición minoritaria o no dominante de la doctrina procesal actual, crítica como ya hemos adelantado (i) los origen ideológicos del fenómeno histórico de la publicación del proceso, (ii) su más grande logro intelectual en la redefinición del principio dispositivo y su escisión respecto al de aportación de parte y (iii) la compatibilidad de este tipo de modelos procesales con la garantía constitucional y supranacional mente consagrada, del derecho a un juez o tribunal imparcial.⁷⁹ Este última punto de conflicto es el más relevante de la crítica garantista en nuestra opinión y respecto del cual pretendemos aportar con la presente memoria como recordará el lector⁸⁰.

Dos de estos tres puntos de conflicto es específico el (I) Y EL (III) son igualmente identificados como parte del quid de la crítica garantista por el profesor español Jordi Ferrer Beltrán quien nos señala: "Lejos de usar el bisturí, las grandes críticas a los poderes probatorios del juez se caracterizan muy habitualmente por un tratamiento muy grueso de los problemas implicados: i) una grosera confusión ideológica y hasta histórica, asimilando los sistemas procesales que otorgan poderes probatorios a sistemas políticos autoritarios; ii) un tratamiento unitario de los poderes probatorios del juez, habitualmente reducido a la capacidad de ordenar pruebas de oficio, y en todo caso merecedor de un rechazo general; iii) la apelación a la pérdida de imparcialidad como argumento contra los poderes probatorios; y iv) la negación de la búsqueda de la verdad como objetivo para la prueba en el proceso judicial"⁸¹.

⁷⁸ Taruffo, Michele. (2006). Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa. *Ius et Praxis*, 12(2), 95-122. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122006000200005>

⁷⁹

⁸⁰ Ver capítulo I de este trabajo "Introducción".

⁸¹ Ferrer. Beltrán. Jordi (2017)" Los poderes probatorios del juez y el modelo de proceso" Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho Número 36 (2017) | ISSN: 1138-9877 | 10.7203/CEFD.36.10632 Publicado el 27.12.2017. Disponible en: <https://www.researchgate.net/publication> p 89.

A continuación detallaremos someramente los orígenes de este movimiento intelectual y el apasionante estado del debate que suscitó en torno a la prueba de oficio y la imparcialidad del juzgador.

iii) La denominación concepción garantista del proceso del siglo XXI.

Me parece que la mejor forma de introducir al lector respecto de lo que significa la concepción garantista del proceso es primero de boca de sus exponentes y luego desde la opinión de sus opositores.

Con este propósito uno de sus más importantes exponentes a nivel mundial y por lejos el más importante a nivel latinoamericano del garantismo procesal, el profesor argentino Adolfo Alvarado Velloso en su prólogo a la obra del profesor chileno Hugo Botto Oakley no indica: "... las ideas que desde hacía mucho tiempo predicaba en el desierto y que hoy, ya con seguidores asumidos, muestra la ideología *garantizadora* del Derecho Procesal que se halla contenida en las Constituciones de toda América, en antiguo y ya irreconciliable divorcio con las legislaciones procedimentales de la mayoría de los países de la región que aún mantiene increíblemente instituciones de neto corte inquisitorial y autoritario, producto de haber insertado a contrapelo de los sistemas constitucionales leyes de rango inferior copiadas de la Alemania nazi o de la Italia fascista, inspiradas todas en el Reglamento que confecciono Klein en 1895 para el Imperio Austrohúngaro".⁸²

Como puede apreciarse en la cita de Velloso, el quid de la crítica que el garantismo procesal sostiene arranca desde un diagnóstico basado en la incompatibilidad o derechamente la antinomia que existiría entre las normas de carácter constitucional que en las diversas jurisdicciones establecen la garantía a un debido proceso ante un juzgador imparcial con la progresiva profundización en el otorgamiento de facultades a los jueces al nivel de la legislación procesal. La solución que prescriben en términos generales, reformas legislativas que eliminen los poderes de los tribunales, especialmente los materiales es decir los que les permiten decretar prueba de manera oficiosa, a efectos de lograr contar con procedimientos que sean armónicos y

⁸² Botto Oakley Hugo. (2001) "Inconstitucionalidad de las Medidas para Mejor Resolver". *Editorial Fallos del Mes*. Santiago. p 12.

respetuoso con la garantía constitucional de los justiciables a un debido proceso cuyo uno de sus elementos consustanciales sería el derecho a ser juzgado por un juzgador imparcial.⁸³

En el mismo sentido se pronuncia Diego Palomo Vélez: " Como bien se ha dicho, una amplia iniciativa probatoria *ex officio iudicis*, en la cual bien pueden incluirse *nuestras medidas para mejor resolver*, junto con ampararse en el errado mito de la finalidad de la búsqueda de la verdad material y confundir las facultades materiales y las facultades procesales de dirección del proceso, se sostiene en un error de fondo cual es que el juez pueda *llegar a tener en las causas civiles* mayor protagonismo que el que tienen asignado las partes . Todo un contrasentido como puede fácilmente entenderse desde las perspectivas de análisis que exige el fenómeno a las *constitucionalización* de las garantías constitucionales por el que se asegura a las partes contendientes, tanto en el nivel interno (CPR) como en el plano jurídico externo (tratados internacionales sobre Derechos Humanos), un mínimo de garantías procesales irreductibles a su favor, entre las cuales precisamente destacan el derecho al debido proceso y especialmente el derecho a un Tribunal Imparcial"⁸⁴.

Esta idea de la afectación de la imparcialidad del juzgador o tribunal producto de la dictación realización y posterior valoración de prueba producida a instancia del mismo fue por primera vez postulada por Tulio Liebman en 1960⁸⁵, pero como como una cuestión de opción técnica y no como una disputa en la que lo que estaba en juego era uno de los requisitos fundamentales para la configuración de un procedimiento respetuoso del debido proceso⁸⁶

Dicha configuración del debate, en términos mucho más categóricos y antagónicos recién comienza en la segunda mitad del siglo XX de manera embrionaria surge totalmente con el advenimiento del siglo XXI, lo cual se explica precisamente por la madurez del proceso de

⁸³ Ibid. p45.

⁸⁴ Palomo. Vélez. Diego. 2010. " Reforma Procesal Civil Oralidad Y Poderes Del Juez" Legal Publishing. Santiago. pp 361-362.

⁸⁵ Liebman. Tulio. 1960. "Fundamento del Principio Dispositivo" en Revista di Diritto Processuale n°4 pp 551 y ss.

⁸⁶ Hunter. Ampuero Ivan. Op Cit. pp 566, nota al pie n° 1527.

constitucionalización y consagración en tratados internacionales de las garantías procesales⁸⁷ en general y en lo que nos interesa a nosotros, al derecho humano a un tribunal imparcial.⁸⁸

El hito fundante de esta postura crítica en sus términos actuales la encontramos en la suscripción de una moción el 27.01.2006 en la ciudad de Valencia por un grupo importante de académicos de derecho procesal de Hispano América e Italia que se encontraban congregados a propósito de la celebración de la primera jornada internacional sobre las garantías fundamentales del proceso civil organizadas por la editorial jurídica Tirant Lo Blanch y en el delinearon sus críticas a los modelos procesales imperantes en sus jurisdicciones que en opinión de los firmantes al entregar facultades probatorias a los tribunales, no eran respetuosas del derecho a un debido proceso ante un tribunal imparcial.⁸⁹

Es así como surge un: "... "nuevo" movimiento reaccionario , encabezado por Montero Aroca en España, Alvarado Velloso en Argentina, Monteleone y Cipriani en Italia y Botto en Chile que termina generando un dentro de la corriente doctrinal liberal del derecho procesal civil, que se autodenomina a "garantista o del "garantismo" procesal"⁹⁰.

Otro punto importante que levantan exponentes Chilenos de la concepción garantista del proceso y que demuestra un punto común de discusión en el debate facultades probatorias/ imparcialidad, lo encontramos nuevamente en el trabajo del Profesor Palomo Veles quien enfatiza la incongruencia de considerar incompatible la actividad instructora del juez penal en el

⁸⁷ Lo que en Ezurmendia. Álvarez Jesús. (2022) Op Cit. p 48-54. Se denomina como el fenómeno del "Efecto Horizontal de los Derechos y Garantías".

⁸⁸ I Junoy. Joan Picó. "El Derecho Procesal entre el Garantismo y la Eficacia: Un Debate Mal Planteado". Derecho y Sociedad n°38. Asociación Civil. pp 274-275: " De igual modo, durante la segunda mitad del siglo XX, surgió otro fenómeno de especial relevancia para el derecho procesal, a saber, el de la "constitucionalización de las garantías procesales", que ha venido a asegurar por vía de los textos constitucionales, en el ámbito nacional, y de tratados y convenios supraestatales de derechos humanos, en el ámbito internacional- un mínimo de garantías a favor de las partes, que deben presidir cualquier modelo de enjuiciamiento. Y a través del carácter normativo de estos textos, y de su aplicación directa e inmediata, esto es, su alcance jurídico positivo se pretendió evitar que el futuro legislador desconociese o violase tales garantías así como que el juzgador no se viese vinculado por las mismas en la dirección de los procesos"

⁸⁹ Hunter. Ampuero Ivan. Op Cit. p 87.

⁹⁰ Hunter. Ampuero Ivan. Op Cit. p 86.

antiguo proceso penal chileno regido por el otrora código de procedimiento penal con el derecho a un juez imparcial, el cual fue precisamente uno de los diagnósticos centrales del foro y de la sociedad chilena del momento para emprender la reforma procesal penal del año 2005 por una parte, con al mismo tiempo sostener que en materias no penales como los procedimientos civiles, la concesión de facultades probatorias a los jueces vía medidas para mejor resolver sería deseable y no afecta la imparcialidad del juzgador.⁹¹

Lo interesante de este punto profesor Palomo es que pone de manifiesto el porqué del alcance transversal, es decir a todo procedimiento, que en principio tiene el problema y que abordamos en pretendemos abordar en trabajo. Lo anterior por cuanto con el foco puesto aquí, la conversación se traslada desde una posible afectación al principio dispositivo con aplicación solo en materia civil, a la afectación de la garantía a un tribunal imparcial, la cual es una condición necesaria para la validez y justicia de todo proceso, sin importar el tipo de procedimiento en específico del que se trate ni la naturaleza de los derechos sustantivos respecto de los cuales verse la controversia.

Tanto en materia civil, como penal, ambiental, de familia, laboral, contenciosa administrativa o tributaria etc., el derecho a ser juzgado por un tribunal imparcial es un requisito sine qua non aunque no suficiente para la justicia o corrección de la decisión, y por lo tanto la posible afectación de dicha propiedad necesaria producto del otorgamiento y uso por parte de los tribunales.

Desde la otra vereda, el profesor Iván Hunter Ampuero replica: " Otro extremo también confundido por la doctrina es la asimilación entre la *actividad instructora* y la *actividad probatoria* del tribunal. No puede justificarse la pérdida de la imparcialidad del juzgador haciendo extensible los argumentos que se han dado a propósito del juez penal. Desde el punto de vista teórico y también el práctico, la actividad de instrucción en el proceso penal es completamente diferente a la actividad probatoria en materia civil. En efecto, la actividad de instrucción es, por sobre todas las cosas, una tarea de investigación, averiguación y búsqueda tanto de los hechos relevantes como de la prueba necesaria para su confirmación.

⁹¹ Vélez. Palomo. Diego. (2005). " Sobre El Papel Del Juez Civil En Materia De Prueba, Especialmente Las Medidas Para Mejor Resolver. A Propósito De La Paradoja Que Evidencia Nuestro Sistema Procesal Tras La Reforma Procesal Penal" Revista Gaceta Jurídica (N° 300). pp 7-18

El juez instructor (y en Chile el Ministerio Público) ejerce una función de investigación de los hechos relativos a la perpetración del hecho delictivo y la participación del imputado, como además busca los medios de prueba que puedan confirmar las hipótesis de hecho. Por ende, se encuentra claramente adscrito a una determinada tesis acerca de cómo sucedieron los hechos.

Sin embargo, esto no sucede en la actividad probatoria que efectúa el juez, puesto que su función no es averiguar e investigar, sino simplemente verificar las hipótesis de hecho previamente afirmadas por las partes. El juez no sale en la búsqueda de los hechos como tampoco de las fuentes de prueba, limitándose a ingresar las fuentes que previamente han sido denunciadas por las partes^{92 93}.

El anterior tópico en el debate nacional ha producido que junto a la disputa por la pérdida de la imparcialidad entre también en la discusión otras aristas como la vigencia o no de la presunción de inocencia en materias no penales y que beneficiaria según parte de la doctrina garantista a el sujeto pasivo de cualquier proceso incluso el civil, cuestión que es descartada por desde autores publicistas.⁹⁴

Por su parte y también desde una perspectiva que podríamos clasificar dentro del publisimo procesal, el profesor Andrés Bordali replica de la siguiente manera el argumento garantista sobre la afectación de la imparcialidad del juzgador que asume en sus hombros la realización de actividad probatoria: " En primer lugar quiero recalcar que si la imparcialidad consiste, desde una perspectiva estrictamente subjetiva, en una equidistancia de los jueces respecto de las partes o un desinterés en relación con el objeto litigioso, por lo que los jueces solo deben fallar según lo que prescriba la ley

⁹² Hunter. Ampuero Iván. Op Cit. p 572.

⁹³ Bordali. Salamanca 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 [online]. 2009, n.33 [citado 2022-11-14], pp.263-302. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512009000200007&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-6851. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512009000200007>. pp 289-292. Aquí el autor Destaca que si bien es legítima la opción legislativa chilena en materia procesal penal, decantándose por un sistema adversarial prácticamente puro, en que la intervención que tiene el Tribunal Oral en lo Penal tiene en materia probatoria son mínimas (artículo 329 inc 4 y 336 inc 2 ambos del Código Procesal Penal), esto no significa que esta sea la única opción legislativa legítima y que por el contrario jurisdicciones como Alemania, Francia, Holanda, España y Portugal, tiene procedimientos penales en que los tribunales cuentan con importantes poderes probatorios".

⁹⁴ Hunter. Ampuero Iván. Op Cit. pp 634-648 y 649-660.

sin tomar en consideración otros intereses, es difícil comprender como esta doctrina llega a la conclusión que el juez que de oficio decreta pruebas en el proceso se torna parcial puesto que ese juez no tiene como saber *a priori* si el resultado de la prueba beneficiará a una u otra parte. Un juez que participa del probatorio proponiendo o decretando pruebas no se pone del lado de ninguna de las partes del proceso ni toma interés en el objeto litigioso. Cosa distinta es que del resultado de la prueba se vea beneficiado el demandante o el demandado, pero ello no obedece a la parcialidad del juez sino al poder intrínseca del medio probatorio para descubrir la verdad"⁹⁵.

Por último le hacemos la salvedad al lector que existe cierta heterogeneidad entre los autores⁹⁶ garantistas incluso dentro de aquellos que suscribieron la referida moción de valencia respecto a si su crítica versa tanto sobre el otorgamiento de poderes formales⁹⁷ como materiales al juzgador.⁹⁸ Para efectos de esta tesis, entenderemos que su crítica se dirige exclusivamente a los poderes de dirección material⁹⁹, enfocándonos específicamente en los de aportación de prueba.

Respecto a nuestra opción metodológica de excluir la oposición a la concesión de poderes formales, además de ayudarnos a mantener la discusión en parámetros acotados y por lo tanto abordables con relativo detalles y funcionales a nuestra hipótesis modesta, consideramos que

⁹⁵ Bordali. Salamanca Andrés. 2009. Op Cit. 284-286.

⁹⁶ Para una reseña de los autores "garantistas" que extienden la crítica a ambos tipos de poderes y cuales la limitan a los de dirección material especialmente al de aportación de prueba Véase Hunter. Ampuero Iván. Op Cit. (2020) pp 91-93.

⁹⁷ Para un concepto de poderes de dirección formales véase Hunter. Ampuero Iván. Op Cit. (2020) p 91: Estas facultades deberían ser principalmente dos: en primer lugar, el control de los presupuestos procesales para asegurar, ya no la existencia del proceso, pero sí la validez del mismo y la posibilidad que se dicte sentencia sobre el fondo del asunto. En segundo lugar, el juez debe mantener el control de los tiempos procesales, impulsando el proceso a término y haciendo que se cumpla con la legalidad de los procesos. Un vez iniciado el proceso por el actor, corresponde al juez el control de los presupuesto procesales y luego el control de los tiempos procesales junto con la legalidad de las actuaciones."

⁹⁸ Para una síntesis de distintas concepciones sobre el criterio de distinción entre poderes de dirección formales y materiales véase. Osorio Gaete. Diego. (2022) Op Cit. p151-153.

⁹⁹ Para un concepto de poderes de dirección materiales véase Hunter. Ampuero Iván. Op Cit. (2020) p 273: " Bajo el rótulo de potestades de dirección material hay que situar al conjunto de atribuciones que el ordenamiento reconoce al juez para influir en el resultado final del pleito. "...Tradicionalmente se dice que conforman el contenido de estas potestades de dirección material, esencialmente, tres tipos atribuciones: a) La aportación de hechos por parte del juez, b) La aportación de la prueba y por último; c) La aportación del material jurídico sobre el que se decide."

esta es la mejor versión de la crítica garantista¹⁰⁰ ¹⁰¹y por lo tanto con la que queremos dialogar, ya que en nuestra opinión si su crítica y por lo tanto su demanda por la derogación de los poderes oficiosos de los tribunales se extendiera también a los poderes de dirección formal del proceso, como el que habilita a los tribunales a declarar de oficio su propia incompetencia o el vencimiento de un plazo fatal etc; su postura en nuestra opinión se volvería derechamente insostenible abogar por la supresión de estas facultades, frente al fenómeno actual de saturación de la justicia y que ha llevado a considerar como mínimos necesarios para una eficaz resolución de los conflictos, la concesión de considerables poderes de dirección formales a los tribunales, impulso procesal, saneamiento de vicio del procedimiento, declaración de incompetencia de oficio, el *case management* o control judicial de la litigación¹⁰² y de manera más controversial, el rechazo de plano de la demanda manifiestamente infundada. Esta es, y creemos con buenos motivos la incontrastable tendencia global incluso en jurisdicciones en que históricamente se había desarrollado un modelo adversarial puro como Inglaterra con su reforma a las "Civil Procedure Rules"¹⁰³ en 1999.

Entre nosotros es también por supuesto el camino adoptado por el procedimiento reformado en materia de familia y el que contempla el proyecto de reforma procesal civil, sin perjuicio que nuestro actual Código de Procedimiento Civil ya cuenta, respecto de algunas desde su origen, y respecto de otras adquiridas a través de su largo tránsito de más de un siglo

¹⁰⁰ El hecho de no tener problemas con la concesión de poderes de dirección formales a los tribunales es una característica por ejemplo de la visión de Hugo Botto Oakley, véase : Oacley. Botto. Hugo. (2001) Op Cit. P 117: donde señala "...como fundamento de la actividad probatoria de oficio en materia probatoria por parte del juez, se reconoce la conveniencia y eficacia en la tramitación de "la ritualidad de los juicios", lo que si bien es correcto y comparto, " la ritualidad de los juicios" escapa a toda concepción y regulación normativa de carácter probatorio...".

¹⁰¹ En el mismo sentido véase la opinión del profesor Diego Palomo Vélez en: Palomo Vélez. Diego. (2010 "Reforma Procesal Civil Oralidad y Poderes del Juez" *Legal publishing Chile* 1 ed. Santiago. p 338 especialmente la nota al pie n° 33.

¹⁰² Ezurmendia. Álvarez Jesús. (2022) "Diseño Institucional y Modelo de Justicia Civil Simbiosis Orgánica y Funcional" en Principios de Justicia Civil dirigido por Jesús Ezurmendia Álvarez. Bosch Editor. España. p 54-60.

¹⁰³ Ibid. p 55: "Dentro del Panorama de las reformas recientes a la justicia civil la entrada en vigor del CPR en 1999 produjo un cambio de paradigma en la justicia civil en Inglaterra, estableciendo un objetivo primordial para el sistema e incorporando por primera vez una aproximación inquisitiva a ciertos mecanismos de control de la litigación por parte de los jueces".

vigencia y reformas^{104 105} con varias instituciones que suponen poderes de dirección formales para asegurar el avance del proceso y el control de sus presupuesto de validez , como formas precursoras de una mínima manifestación de "case managment judicial", aunque todavía sin la visión global y sistémicas características, pero en un claro camino evolutivo en ese sentido^{106 107}.

Por último, respecto a nuestra opción metodológica de enfocarnos dentro de las facultades de oficio materiales, en las de aportación de prueba^{108 109}, si bien un tribunal puede

¹⁰⁴ Nos referiremos principalmente a las reformas al Código de Procedimiento Civil introducidas por la leyes N° 7760 del año 1944 y la N° 18.705.

¹⁰⁵ Para una reseña sobre las reformas sufridas por el CPC desde 1902 hasta 1988 véase el excelente trabajo de Piedrabuena. Richard. Guillermo. (1989) " La Reforma Procesal Civil Antecedentes e Historia de la Ley 18.705. *Revista Chilena de Derecho Volumen 16*. Santiago de Chile.

¹⁰⁶

¹⁰⁷ A modo de ejemplo: la declaración de oficio de la incompetencia absoluta del tribunal, la declaración de oficio de la nulidad procesal, el rechazo de plano de incidentes inconexos, la declaración de oficio de encontrarse bajo una o más causales de implicancias, la fatalidad de todos los plazos legales y la obligación del tribunal de a su vencimiento proveer de oficio lo que convenga para persecución del juicio sin certificado previo, la posibilidad de decretar de oficio la acumulación de autos cuando ambas causas se siguen ante el mismo tribunal y la posibilidad de no dar curso a la demanda que no cumpla con los requisitos formales de los numerales 1, 2 y 3 del artículo 254 del CPC entre otros. (Código de Procedimiento Civil artículos 64,78, 83, 84, 94, 256) y (Código Orgánico de Tribunales artículo 200).

¹⁰⁸ Misma opción toma en su exposición Diego Gaete Osorio, véase Osorio. Gaete. Diego. (2022) Op Cit. p 152 don el autor señala: Nos referiremos principalmente a estas últimas facultades, particularmente aquellas que se refieren a la aportación de los medios de prueba, porque resulta ser el objeto paradigmático de las críticas doctrinales respecto de las facultades de oficio del juez en el marco del proceso civil".

¹⁰⁹ Por el contrario Jordi Ferrer Beltrán critica el enfoque que se aproxima al problema exclusivamente centrándose en la facultad de aportación ex oficio de prueba por el tribunal, considerando que es importante un enfoque que analice todos los distintos poderes de los jueces en materia de prueba, ya que cada uno de ellos tiene distinta intensidad y posibilidad de afectar la imparcialidad del juzgador por lo que una conversación sería requiere distinguir cada uno de ellos y los resguardos institucionales que se pueden proponer respecto de cada uno. Véase Ferrer. Beltrán. Jordi (2017)" Los poderes probatorios del juez y el modelo de proceso" Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho Número 36 (2017) | ISSN: 1138-9877 | 10.7203/CEFD.36.10632 Publicado el 27.12.2017. Disponible en: <https://www.researchgate.net/publication> p 105.

Al respecto señalamos que concordamos totalmente con el planteamiento de una aproximación más prolija que plantea Jordi Ferrer Beltrán, nuestro enfoque centrado exclusivamente en la facultad de producir prueba de oficio se justifica no en una ignorancia de las otras facultades oficiosas en materia de prueba, o de su relevancia , como la facultad de modificar la carga de la prueba durante el transcurso del proceso que puede ser como bien señala el jurista español, merecedora de bastante más atención por parte de aquellos que dicen estar preocupados por la afectación de la imparcialidad del juzgador en uso de sus facultades de oficio relacionadas a los hechos. Nuestra decisión, por el contrario, se fundamenta en la circunstancia de especial afectación a dicha imparcialidad que se produce con la dictación de prueba de oficio con posterioridad a la adopción del acuerdo que es el objeto de nuestra modesta investigación y además por las limitaciones de extensión propias de un trabajo de memoria de prueba de pregrado.

actuar con imparcialidad al dictar todo tipo de resoluciones ¹¹⁰ ¹¹¹ y durante todo el iter del procedimiento si está empeñado en hacerlo, nuestro objeto de estudio es específicamente la pérdida de imparcialidad que supuestamente acaecería con el prejuzgamiento que necesariamente según los autores garantistas ocurre al valorar la necesidad o no de decretar prueba de oficio para efectos de salir de la incertidumbre que el tribunal tiene respecto de una alegación sobre un hecho necesaria para la más adecuada resolución del litigio.

A modo de síntesis podemos decir que la discusión que nos interesa gira en torno a si la aportación de prueba por parte del tribunal de manera oficiosa afecta o no la imparcialidad del tribunal. Si ?, no?, siempre? cuándo ?, en qué condiciones específicas? etc, son parte de las preguntas que abordaremos más adelante en este trabajo en el que también prometemos salir de la mera descripción del estado del arte y dar a conocer al lector nuestra posición en todo este debate.¹¹²

Con esto damos por cerrada la recapitulación de la evolución histórica de las facultades oficiosas probatorias de los jueces y el estado actual del debate que estas han suscitado en la doctrina procesal. Esperamos haberle podido brindar al lector las coordenadas básicas de la discusión al lector. Teniendo todo el anterior contexto consideración, recorreremos en el próximo capítulo un resumen de la historia de las medidas para mejor resolver como la manifestación por antonomasia de los poderes oficiosos materiales de los tribunales en Chile desde sus orígenes en la legislación del imperio español hasta su consagración en el Código de Procedimiento Civil Chileno de 1902, con sus modificaciones hasta la fecha, las ideas entorno a ellas en la doctrina procesal chilena de cara a la siempre a la vuelta de la esquina reforma

¹¹⁰ Sobre este punto, véase Taruffo, Michele. (2006). Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa. *Ius et Praxis*, 12(2), 95-122. Último acceso: 19 de diciembre de 2022. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122006000200005>: "Se puede observar luego que en realidad el juez «toma partido» a favor de una parte y contra la otra en cada momento del proceso, o sea todas las veces que provee o decide algo en relación al procedimiento, o soluciona cuestiones preliminares o prejudiciales, pero nadie piensa que, por esta razón, y a cada momento, él pierde su imparcialidad.

¹¹¹ Barbeiro José. Sergio. (2009) " La Imparcialidad judicial" en "Activismo y Garantismo Procesal" obra colectiva coordinada por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Ediciones de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba Volumen XLVII 1ª ed. ISBN 9789-987-1123-52-0. Córdoba. Argentina. pp 37.

¹¹² Nos referimos al capítulo título III de la presente memoria de prueba.

procesal civil y la exportación de esta institución a otros cuerpos normativos nacionales distintos del código de procedimiento civil.

Para luego en el subsiguiente capítulo abordar propiamente tal nuestro postulado sobre la exasperación de los problemas de imparcialidad del juzgador que la dictación de prueba de oficio posterior a la adopción del acuerdo conlleva.

CAPÍTULO II

Historia y Concepto en Chile de las Medidas para Mejor Resolver

a) Origen histórico.

Respecto al origen histórico de nuestras medidas para mejor resolver no tenemos nada muy novedoso que aportar a la discusión y nos limitaremos simplemente a señalar de manera breve pero detallada sus orígenes. Al respecto lo primero que podemos indicar es que toda la doctrina nacional¹¹³, no importa si comulgan en las filas de la publicación del proceso o por el contrario sí se denominan garantistas¹¹⁴, está conteste en indicar que el antecedente más remoto de las medias para mejor resolver en la historia del derecho procesal chileno se hallaría en la VII Partidas de Alfonso X el Sabio, especialmente en el título II de la III partida Ley XI ¹¹⁵.

A continuación, citamos el más relevante de esta legislación hispana del siglo XIII: " Como los judgadores deven escodriñar por quantas razones puedan la verdad de los pleytos que fueren comencados ante ellos. Verdad es cosa que los judgadores deven catar en los plejtos, sobre todas las otras cosas del mundo, e por ende, quando las partes contiende sobre algún pleyto en juyzio, deven los judgadores ser acuciosos en puñar de saber la verdad del, por quantas maneras pudieren. E quando supieren en verdad deven dar su juyzio en la manera que entendieren que loan de fazer segun derecho"¹¹⁶

¹¹³ Igual proceso recepción ocurre en todo caso respecto de las medidas para mejor resolver en las otras jurisdicciones de hispano- América, por ejemplo en México puede consultarse el trabajo de Lara Chagoyán, Roberto. 2012. "Motivación de los hechos: reflexiones sobre las diligencias para mejor proveer." *Ciencia jurídica* 1 (2): 59. <https://doi.org/10.15174/cj.v1i1.77>.

¹¹⁴ Botto Oakley. Hugo. (2001) Op. Cit. p 57-59.

¹¹⁵ Tavorari Oliveros. Raul. (1994). "Tribunales, Jurisdicción y Proceso". Primera Parte. Capítulo I (Diligencias para mejor proveer antiguos y nuevos problemas) Editorial Jurídica de Chile, Santiago. Disponible en <http://bibliografias.uchile.cl/4743> pp 21-24

¹¹⁶ Martínez. Alcubilla. Marcelo. (1885) " Códigos Antiguos de España. Las Siete Partidas" disponible en https://uchile.primo.exlibrisgroup.com/permalink/56UDC_INST/litqr/alma991000991659703936p 381.

Al respecto de dicho segmento de las partidas, don Ricardo Piedrabuena Richard señala: "Esta disposición refleja el espíritu de la institución moderna de las medidas para mejor resolver. Desde luego se observa una preocupación y objetivo central: el juez debe averiguar la verdad de los hechos, ya que puede no ser suficiente la que resulte de la actividad de las partes." ¹¹⁷

La institución que llega a nuestros días, por lo tanto, tiene un origen eminentemente Hispano y vio usó durante la vigencia del derecho indiano en el territorio nacional, de lo cual tenemos conocimiento gracias a que ha quedado recuerdo de su utilización en la causa caratulada " Antonio Maturano Con Timoteo Salas por cobro de pesos" de fecha 6. de mayo del año 1799. ^{118 119}

Desde ahí la doctrina reseña la historia a través de la legislación española, adquiriendo la institución consagración positiva expresa por primera vez en la efímera Instrucción del Márquez de Gerona ^{120 121}, específicamente en su artículo 65 donde se emplea por primera vez la voz para mejor proveer, pero no se especifica ni los medios de prueba en específico que se pueden decretar, ni la oportunidad procesal para empleo de las providencias ni ningún detalle más.

Desde ahí las providencias pasan a la Ley de Enjuiciamiento Española de 1855 artículo 48 bajo el donde ya era apreciable alguna de las características de nuestras medidas para mejor resolver como el listado taxativo de medios de prueba cuya realización podía de oficio ordenar el tribunal lo que se mantiene en el artículo 159 de nuestro Código de Procedimiento Civil A su vez la institución es mantenida y ampliada en la siguiente reforma procesal civil española, quedando alojada en los artículo 340, 341 y 342 de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 1881 donde se especifica la oportunidad para su dictación como el momento que media entre la vista o citación para sentencia y antes de pronunciado su fallo, además de reseñar que contra su dictación no se admite recurso alguno y que la participación en su realización a las partes una

¹¹⁷ Piedrabuena Richards Guillermo. Op cit. 32.

¹¹⁸ Véase al efecto. Corvalán Meléndez, Jorge., y Vicente. Castillo Fernández. (1951) "Derecho procesal indiano". Memoria de Licenciatura Facultad de Ciencias jurídicas y Sociales U de Chile. Jurídica de Chile. Santiago. p 156.

¹¹⁹ El fallo también se encuentra citado en su parte relevante en Tavolari Oliveros. Raul. (1994). Op Cit. p 22.

¹²⁰ Hunter. Ampuero Iván. Op Cit. (2020) p 113.

¹²¹

vez decretada es facultativa del tribunal, todas características que en grueso conservan nuestras medidas para mejor resolver.¹²²

El viaje de estas normas a nuestro Código de Procedimiento Civil a través del proceso de Codificación procesal chilena¹²³ es el siguiente: Las medidas para mejor resolver no se mencionan ni en el proyecto auto encargado realizado por Fiorentino González para el gobierno en 1861 ni en el que luego realizara por encargo del gobierno de la época el jurista Francisco Vargas Fontecilla. Quien producto de su falta de tiempo y excesivo trabajo en otros esfuerzo codificadores en los que participo, como la revisión del Código de Comercio y especialmente su labor en el proyecto de lo que terminaría siendo la Ley Organización y Atribuciones de los Tribunales de 1875, hicieron que desde que se le encargara el proyecto en 1862, hasta el año 1867 solo tuviera completo el libro I relativo a las disposiciones comunes a todo procedimiento.

En vista del atraso, en 1870 se encomendó por parte del gobierno al jurista Joaquín Blest Gana que completara el proyecto inconcluso de Francisco Vargas Fontecilla. Produciendo para 1871 libro II sobre procedimiento ordinario y el III sobre procedimientos especiales, que no fueron utilizados en los estudios posteriores.¹²⁴

Es así como las medidas para mejor resolver aparecieron recién en la etapa final del desarrollo de la codificación procesal civil chilena, durante la labor de la primera comisión informante o de estudios conformada originalmente por nueve juristas¹²⁵ nombrada por decreto

¹²² Richard. Guillermo. Piedrabuena. Op cit. 33-36.

¹²³ Si al lector le interesa tomar noticia sobre los inicios de la codificación procesal en Chile previa al proyecto de Fiorentino González desde sus orígenes recomendamos encarecidamente el trabajo de Bravo. Lira. Bernardino. (1983) " Los Comienzos de la Codificación en Chile La Codificación Procesal" Revista Chilena de Historia del Derecho N° 9. pp 191-210.

¹²⁴ Yáñez. Oberg. Héctor. (2003) " La centuria olvidada (100 años de vigencia del Código de Procedimiento Civil) en Revista de Actualidad Jurídica N°8 - Julio 2003. Universidad del Desarrollo. Santiago. Chile. pp 166-168.

¹²⁵ Ibid. p 167: " ... , compuesta por los señores José Alejo Valenzuela, Domingo Santa María, José Antonio Gandarillas, Ramón Romero, Joaquín Blest Gana, Cosme Campillo, Jorge Segundo Huneeus, José Bernardo Lira y Miguel Elizalde. Esta comisión funcionó durante diez años, y formaron además parte de ella los señores Miguel Luis Amunátegui, Luis Aldunate, José Alfonso, José María Barcelo, Enrique Cood, José Clemente Fabres, Adolfo Ibáñez, Demetrio Lastarri", Marcial Martínez, Luis Pereira, Ramón Antonio Vergara D. y Julio Zegers, sirviéndoles de secretarios, primeramente don Luis Salas Lazo, después don Ezequías Allende Caro y finalmente don José Bernardo Lira ".

de fecha 18 de agosto de 1873 para trabajar sobre el proyecto de Fontecilla con el fin de entregar un proyecto de código de procedimiento civil completo y armónico al congreso.

La primera comisión de estudios trabajo desde 1873 hasta 1884 y en términos generales mantuvo el proyecto de Fontecilla en lo relativo al libro I sobre disposiciones comunes a todo procedimiento y por el contrario realizó prácticamente de nuevo los libros II, y III reemplazando lo elaborado por Joaquín de Blest hasta entonces, junto con redactar un novedosa libro IV sobre materias no contenciosas., la comisión publicó su proyecto junto con las actas de sus sesiones en 1884^{126 127}

Una de las pocas innovaciones que se hicieron durante el trabajo de esta primera comisión infórmate o de estudios al proyecto de Libro I elaborado por Francisco Vargas Fontecilla y como tal constituye una excepción a regla general que adoptaron de mantenerlo inalterado, fue precisamente la incorporación de la medidas para mejor resolver que terminaron incorporadas en el artículo 151 del proyecto de 1884. En su redacción casi idéntica, queda en evidencia que los comisionados usaron de fuente el artículo 340 de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 1881 y el 48 de su predecesora la Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 1855.¹²⁸

Aquí, al interior del trabajo de la primera comisión informante o de estudio, se generó un debate precisamente sobre la conveniencia o no de otorgarle estos poderes probatorios de oficio al juez. El anterior intercambio de ideas es sumamente ilustrativo y conforma el único y mejor antecedente sobre la historia fidedigna de su incorporación a nuestra legislación procesal civil, además de anticiparse en más de un siglo al tópico central de discusión respecto del cual gira el debate doctrinario actual a su respecto; la posible pérdida de imparcialidad del juzgador¹²⁹ que las emplea, además de la afectación al derecho a defensa de los litigantes y la posible demora en el despacho de los juicios que su uso podría generar..

¹²⁶ Piedrabuena. Richard. Guillermo. (1960) Op cit. 33-36. p36-39.

¹²⁷ Tavolari Oliveros. Raul. (1994). Op Cit. pp 22-24.

¹²⁸ Piedrabuena. Richard. Guillermo. (1960) Op cit. p36-37.

¹²⁹ Botto Oakley. Hugo. (2001)Op Cit. pp 60-61.

En vista de eso optamos para beneficio del lector transcribir íntegramente dicha discusión que ocurrió en la sesión 9ª:

" El señor Gandarillas impugnó la disposición del número 1º que faculta a los tribunales para agregar de oficio documentos al proceso, como ocasionada a graves males, cuales serían: la parcialidad o apariencia de parcialidad en los magistrados, las sorpresas a que quedarían expuestas las partes; las demoras a que podría haber lugar, i esto sin tomar en cuenta las facilidades que se darían a los litigantes de mala fe, quienes podrían guardar los documentos que le conviniese hasta después de pedidos los autos para sentencia i hacerlos llegar en este momento a conocimiento del tribunal, valiéndose de los medios que sugiere la malicia.

Los señores Santa María y Lira i el señor presidente sostuvieron sucesivamente dicha disposición, diciendo que la lei debía mirar en el magistrado una persona imparcial i recta, empeñada en buscar la verdad: y no sospechar de él, hasta el punto de vedarle los caminos de encontrarla i que si realmente la medida tenía inconvenientes, estos no eran tales que de ordinario hubiesen de ser superiores a los bienes que estaba llamada a producir. Fue aprobada el número 1 con el voto en contra del Sr Gandarillas"^{130 131 132}.

Don José Antonio Gandarillas perdió ese día y desde entonces el contenido y tenor artículo 151 del proyecto de 1884 se mantendría íntegramente hasta nuestros tiempos. Los pormenores de su paso final hasta el articulado del Código de Procedimiento Civil promulgado en 1902 no nos son relevantes en detalle, por lo que simplemente diremos que luego de una segunda revisión a cargo de una segunda comisión de estudios integrada por juristas que sesionó desde 1888 hasta 1893 sin dejar actas de su trabajo el cual desembocó en proyecto final que el presidente de la república de la época Jorge Montt presentó al Congreso Nacional.

¹³⁰ Véase: "Proyecto de código de enjuiciamiento civil: conforme a los acuerdos hasta ahora celebrados por la comisión encargada de su examen". Santiago, [Chile: Impr. de El Progreso, 1884. Ficha disponible en: https://uchile.primo.exlibrisgroup.com/discovery/fulldisplay?docid=alma991000635119703936&context=L&vid=56UDC_INST:56UDC_IN

¹³¹ También se encuentra citada textualmente y con la ortografía de la época, como hemos optado por reproducirla nosotros, en Tavolari Oliveros. Raul. (1994). Op Cit. pp 23-24.

¹³² Una cita textual, pero con la ortografía moderna se encuentra en Piedrabuena. Richard. Guillermo. Op cit. p 37-38.

La tramitación legislativa del proyecto fue laboriosa e incluyó el establecimiento de una comisión mixta compuesta por senadores y diputados. Lo importante para nosotros es que ninguna de estas instancias de revisión posteriores, académicas y legislativas discutieron sobre las medidas para mejor resolver ni modificaron el tenor literal del artículo 151 del proyecto de 1884, el cual terminaría incrustado en el 166 del articulado del código de procedimiento civil finalmente promulgado como ley de la república el 28.08.1902, entrando en vigor en todo el país el 1 de marzo de 1903.¹³³ Manteniendo su tenor literal inalterado, las medidas para mejor resolver se encuentra hoy en día y desde la promulgación de la ley n° 7.760 del año 1944 alojadas en el actual artículo 159 del Código de Procedimiento Civil vigente¹³⁴.

La discusión acaecida al interior de la primera comisión informante o de estudio, transcrita textualmente en las páginas anteriores, reiteramos es tremendamente clarividente del devenir de la discusión que esta institución generaría entre nosotros y explica perfectamente el sentido y dirección de la única reforma que como sociedad hemos podido acordar respecto a las medidas para mejor resolver hasta el momento y la permanencia de la discusión que aún se suscita a su respecto en los puntos en los que todavía quedan diferencias de diagnóstico.

Respecto a los acuerdos de diagnóstico que, a su respecto, han podido producir en el seno de nuestra sociedad, las profetizadas demoras excesivas que la dictación de las medidas para mejor resolver podía acarrear; se impuso finalmente como una realidad insoslayable y que obligó a su primera y única reforma sustancial mediante las leyes N° 18.705 de fecha 24.05.1988 y la ley 18.882 de fecha 20.12.1989. Ambas leyes reformaron el artículo 159 del Código de Procedimiento Civil para resolver tan solo 104 años después el problema advertido por el comisionado Gandarillas respecto a la dilación en los pleitos que las medidas para mejor resolver podían producir.

Las modificaciones lograron fijar un plazo fatal tanto para que el juez haga uso de su facultad probatoria, como respecto al tiempo que puede demorar la producción de la prueba oficiosamente ordenada. Fijando el primero de estos plazos en 60 días en relación con el plazo

¹³³ Yáñez. Oberg. Héctor. (2003) Op Cit. pp 168.

¹³⁴ Piedrabuena. Richard. Guillermo. (1960) Op cit. p 40.

para dictar sentencia, pero subsanando su falta efecto fatal respecto de las actuaciones del tribunal y el segundo en 20 días dejándose expresamente regulado que con posterioridad a su vencimiento se tendrá por no decretada la medida.¹³⁵

Respecto de los otros puntos peligrosos avisados por el comisionado Gandarillas, la afectación de la imparcialidad del juzgador o su apariencia y la afectación del derecho a defensa, el debate sigue abierto y los abordaremos con mayor detalles el próximo capítulo de la presente memoria de prueba cuando entremos de lleno al problema de la imparcialidad del juzgador.

Por último y para terminar esta recapitulación histórica de las medidas para mejorar resolver y su adopción en nuestro derecho, no podemos dejar de mencionar un punto relevante que es reconocido por ambos lados de la discusión entre publicismo¹³⁶ y garantismo procesal en Chile y que consiste en un reconocimiento a la ideología o visión del proceso que el propio Código de Procedimiento Civil Chileno encarna.

Al respecto hay acuerdo en la literatura respecto a que las ideas que inspiraron el proceso de elaboración de este responden los postulados asociados al fenómeno de la publicación del proceso, por lo menos de manera incipiente en su origen, pero que solo se ha profundizado, especialmente respecto a las facultades judiciales de dirección formal, con cada una de las reformas sustanciales que se le han realizado desde entonces.

Así el mensaje del proyecto que el ejecutivo dirigió al congreso en 1893 se señala: "En las leyes de procedimiento, se hace preciso conciliar el interés de los litigantes, que exige una pronta solución de los pleitos, y el interés de la justicia, que requiere una concienzuda y acertada apreciación del derecho sobre que debe recaer el fallo. En obediencia a este doble propósito, se ha creído necesario, por una parte, simplificar en lo posible la tramitación y adoptar al mismo tiempo una serie de medidas encaminadas a hacer ineficaces los expedientes dilatorios a que apela la mala fe para retardar la solución de los pleitos; y, por otra parte, dar a los magistrados

¹³⁵ Piedrabuena. Richard. Guillermo. (1989) " La Reforma Procesal Civil Antecedentes e Historia de la Ley 18.705. *Revista Chilena de Derecho Volumen 16*. Santiago de Chile. pp 658 y siguientes.

¹³⁶ Por todos véase Hunter. Ampuero Iván. Op Cit. (2020) p 58-62

mayor latitud en sus atribuciones a fin de que puedan hacer sentir en mayor grado que hasta ahora su acción en la formación y marcha de los procesos. Confiados éstos a la sola iniciativa de las partes, se desvían a menudo de su verdadera marcha, resultando de allí que la acción de la justicia se hace más fatigosa y menos eficaz¹³⁷.

Por su parte el mensaje que el ejecutivo dirigió al congreso con fecha 24.11.1943 respecto del proyecto de ley que desembocaría en la ley de reforma al Código de Procedimiento Civil n° 7.760 de fecha 5.02.1944 se señala: "Se amplían las atribuciones de los magistrados, que en numerosos casos hasta podrán proceder de oficio; a los jueces se les saca de su rol pasivo de meros espectadores en la contienda judicial, para llevarlos al plano de personeros activos de la justicia, premunidos de las facultades necesarias para establecer, con pleno conocimiento de causa, la verdad jurídica que permita, fundada y rápidamente, dar a cada uno lo que es suyo"¹³⁸.

Así y todo y se generó una legislación que en la práctica fue bien paradójica, ya que, pese a estas expresas y claras manifestaciones de las ideas inspiradoras detrás del Código de Procedimiento Civil, en la realidad de su articulado y más aún en la jurisprudencia y su desenvolvimiento en estrados no deja el sabor de un procedimiento inspirado en las ideas que promueven el rol de juez director imbuido de poderes formales y materiales importantes para efectos de lograr la pronta eficiente y ajustada a la verdad administración de justicia¹³⁹

En palabras del profesor Iván Hunter Ampuero: " Por ende, si bien se suele reconocer en el Mensaje del CPC la orientación publicista, esto no es más que palabras desencajadas de la realidad práctica y forense, donde con toda calma puede afirmarse que el juez solo aparece en escena al momento de dictar sentencia." ¹⁴⁰

La anterior paradoja, puede analizarse también en el plano específico de las medidas para mejor resolver, en donde pese a la amplitud y laxitud de los términos del artículo 159 del

¹³⁷ Biblioteca del Congreso Nacional. Ley Chile. " Mensaje del Código de procedimiento Civil" disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1080096>. el énfasis es nuestro.

¹³⁸ Biblioteca del Congreso Nacional. Ley Chile. " Mensaje del Código de Procedimiento Civil" disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1080096>

¹³⁹ Por todos véase Hunter. Ampuero Iván. Op Cit. (2020) pp 119- 124.

¹⁴⁰ Ibid. p124.

Código de Procedimiento Civil, la jurisprudencia chilena durante los últimos 126 años de vigencia y aplicación de esta institución, si bien vacilante ha ido decantándose en una línea interpretativa restrictiva que ha ido limitando sus alcances. Por ejemplo, respecto a la prohibición de dictar una medida para mejor resolver que signifique suplir la deficiencia en la actividad probatoria de una de las partes causada por su propia negligencia^{141 142}.

Con esto damos por cerrada la recapitulación histórica de las medidas para mejor resolver desde sus remotos orígenes en la España del medioevo hasta su recepción y evolución en el derecho chileno. Esperamos haber brindado al lector las coordenadas más relevantes al respecto.

b) Concepto

Teniendo tolo lo anterior en consideración pasamos de lleno desde la historia de la de las medidas para mejor resolver a su definición conceptual.

A continuación, presentamos al lector distintas definiciones que la doctrina nacional ha postulado respecto de las medidas para mejor resolver:

1-" Son medidas probatorias decretadas de oficio por el tribunal una vez puesto el proceso en estado de sentencia, a fin de quedar en condiciones adecuadas de dictar un mejor fallo.¹⁴³"

¹⁴¹ Para un análisis de la jurisprudencia entre 1903- 1960 véase Piedrabuena. Richard. Guillermo. (1960) Op cit. completo, pp 52-54 en específico respecto a la cuestión de las medidas para mejor resolver y la negligencia de las partes.

¹⁴² Para un análisis de la jurisprudencia más relevante entre 1961 y 2000 véase: Botto Oakley. Hugo. (2001)Op Cit. pp 111-162.

¹⁴³ Casarino Viterbo, Mario. (2009). "Manual de derecho procesal civil tomo IV". Santiago de Chile: *Editorial. Jurídica*. Disponible en: <https://app-vlex-com.uchile.idm.oclc.org/#WW/vid/314194366> p123.

2-"Las medidas para mejor resolver son diligencias probatorias que tienen por objeto fortalecer la convicción psicológica del juez acerca de las alegaciones producidas en juicio, sea que hayan provenido directamente de las partes o del material acumulado en el proceso"¹⁴⁴.

3-"Entiendo por medidas para mejor resolver aquellas pruebas que el juez puede decretar de oficio una vez que el proceso se encuentra en estado de sentencia"¹⁴⁵

4- "Las medidas para mejor resolver son aquellas diligencias probatorias establecidas en la ley que puede decretar de oficio el tribunal, luego de dictada la resolución citación para oír sentencia con el fin de acreditar o esclarecer alguno de los hechos que configuran el conflicto, para la justa decisión de este."¹⁴⁶

Consideramos que estas definiciones si bien captan varios aspectos correctos de lo que son las medidas para mejor resolver, son deficientes a la hora de capturar lo verdaderamente esencial y problemático de las mismas. En vista de lo anterior proponemos crear una definición propia luego de realizar una aproximación analítica a la medidas para mejor resolver, desde lo general a lo particular tomando como punto de partida la distinción esencial que la doctrina ha establecido entre los poderes de los tribunales, de dirección formal por una parte y de dirección materiales por otra, a la que ya hemos hecho referencia anteriormente en este trabajo¹⁴⁷ y que consiste en: " ... distinguir entre aquellos poderes que tienen capacidad de influir en el contenido material con que el juez tiene que decidir el litigio, y aquellos que aluden al mero gobierno del proceso esto es, los poderes materiales y formales"¹⁴⁸.

Dentro del concepto de poderes de dirección material, a su vez debemos distinguir entre los que versan sobre el material jurídico de la contienda afectan la quaestio iuris del mismo y los

¹⁴⁴ Piedrabuena. Richard. Guillermo. (1960) Op cit. p 26..

¹⁴⁵ Botto Oakley. Hugo. (2001)Op Cit. pp 71.

¹⁴⁶ Rodríguez. Papic. Ignacio. (2021) " Procedimiento Civil Juicio Ordinario de Mayor Cuantía . 8 edición revisada y actualizada por el profesor Cristián Maturana Miquel. Editorial Jurídica de Chile. Santiago.

¹⁴⁷ Ver notas al pie número 89, 90 y 91 del presente trabajo.

¹⁴⁸ Hunter. Ampuero Iván. Op Cit. (2020) p 199.

que tratan sobre los hechos y su prueba, la *questio facti*. "A diferencia de los poderes de dirección formal, estas potestades pueden llevar a interferir en el resultado del juicio y contribuyen a dotarlo del contenido sobre el cual se funda la sentencia final".¹⁴⁹

Siguiendo nuestro camino de lo general a lo particular en búsqueda de llegar a un concepto satisfactorio de las medidas para mejor resolver; dentro de los poderes materiales que versan sobre las *quaestio facti*, nos es útil la lista que elabora el profesor español Jordi Ferrer Beltrán que enumera seis tipos de poderes de esta índole; " a) Otorgarle al juez o tribunal un papel relevante en la admisión de la pruebas propuestas por las partes (b) permitirle intervenir en la práctica de la prueba, (c) la facultad para indicarle a las partes la existencia de lagunas probatorias y por lo tanto sugerirles prueba, (d) la facultad para disponer de prueba no solicitada por las partes (e) la facultad de alterar durante el desarrollo del proceso la carga de la prueba (carga dinámica de la prueba) y (f) la fijación del estándar probatorio en casos de ausencia de estándar legalmente determinado¹⁵⁰¹⁵¹.

Nuestro interés, está claramente en la facultad descrita en la letra " (d)". la posibilidad de disponer prueba de oficio a *motu proprio*. Aquí nuevamente los autores distinguen en base a que tan amplias es la configuración legislativa de dichos poderes de aportación de prueba *ex officio*.

Así por ejemplo el profesor Michele Taruffo distingue tres modelos bajo este criterio, un primero donde el juzgador está imbuido de un poder general para disponer en cualquier momento y con independencia de las partes, un segundo modelo en que se le otorga al tribunal ciertos poderes puntuales en ese sentido y por último ¹⁵²un tercer tipo de modelo donde carece de poderes para decretar prueba de oficio y solo cuenta con poderes de dirección formales.

¹⁴⁹ Ibid. pp 273.

¹⁵⁰ Véase Ferrer. Beltrán. Jordi (2017)" Los poderes probatorios del juez y el modelo de proceso" *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho Número 36 (2017) | ISSN: 1138-9877 | 10.7203/CEFD.36.10632 Publicado el 27.12.2017*. Disponible en: <https://www.researchgate.net/publication> pp 96-104.

¹⁵¹ Véase Osorio. Gaete. Diego. (2022) Op Cit. pp 152-153.

¹⁵² Taruffo, Michele. (2006) Op Cit. pp 255-259.

Por su parte Ricardo Piedra Buena Richards empleando dicho criterio nos informa: " Empero frente al problema de qué clase de diligencias probatorias pueden ser ordenadas y en qué oportunidad del juicio, existe el sistema clásico o estricto, si se pudiera llamarlo así, y un sistema amplio que se encuentra generalmente establecido en las más modernas legislaciones.

El primer sistema se caracteriza principalmente en que las diligencias probatorias, que puedan ser ordenadas para mejor resolver se encuentran taxativamente enumeradas en la ley y, además, el órgano jurisdiccional solo puede hacer uso de ellas en cierta etapa procesal del juicio, habiendo por tanto terminado la actividad de las partes..... En el sistema amplio se faculta al juez para dictar cualquier medida probatoria que estime conveniente y en cualquier momento del juicio, para el esclarecimiento de los hechos"¹⁵³.

El profesor Iván Hunter Ampuero por su parte esclarece los motivos históricos de estas dos distintas formas de legislativamente otorgar potestades oficiosas de producción de prueba al señalar: " Las medidas para mejor resolver representan uno de los momentos primitivos de la actividad probatoria del juez y su origen se remonta según algunos autores a las partidas de Alfonso X el Sabio; por ende su extensión se hizo presente en casi todos los códigos de corte clásico que siguieron el modelo español de 1881, no así en los modelos kleinianos que reconocieron al juez la potestad de aportar prueba en la denominada audiencia preliminar. "¹⁵⁴

El profesor Raúl Tavolari en tanto reconociendo esta distinción alude al debate de la necesidad de su conservación como institución procesal incluso cuando se le otorguen poderes probatorios generales al tribunal en fase previas del procedimiento, discusión muy presente hoy en el medio chileno debido a la opción del Proyecto de Código de Procedimiento Civil de suprimirlas¹⁵⁵: " Los modernos códigos procesales han reemplazado el viejo principio del juez pasivo espectador del debate que ante él se verifica para reemplazarlo por el de un juez permanentemente incorporado a la actividad y al devenir de la misma. Quizás la institución que

¹⁵³ Piedrabuena Richards. Guillermo. (1969) Op cit. p 24.

¹⁵⁴ Hunter. Ampuero Iván. Op Cit. (2020) p 538.

¹⁵⁵ En efecto y como puede verse en Hunter. Ampuero Iván. Op Cit. (2020) pp 124-125 y 556-557. El actual proyecto de Código de procedimiento Civil, sólo contempla en su artículo 288 la posibilidad de prueba de que el tribunal oficio ordene las diligencias probatorias que estime necesarias para el esclarecimiento de la verdad de los hechos hasta antes del término de la audiencia preliminar, no contemplando el proyecto disposición alguna que permita al juez decretar prueba al tribunal al final del proceso con posterioridad a la producción de la prueba realizada por las partes.

mejor ilustra la tendencia contemporánea es la de la audiencia preliminar. Pues bien, en el ámbito de la iniciativa probatoria, la situación es clara: todos los ordenamientos modernos imponen al juez la tarea de decretar las pruebas que estimen pertinentes, durante la sustanciación del proceso.

¿Tiene sentido en estas circunstancias mantener la institución de diligencias para mejor proveer, tradicionalmente limitadas a algunas pruebas, determinadas por la ley, y para ser ordenada "conclusa causa"?¹⁵⁶

La anterior diferencia entre los dos modelos de consagración de facultad probatoria creemos siguiendo al profesor Iván Hunter Ampuero se reduce esencialmente al criterio o fin que inspira la actividad probatoria del tribunal y que es distinta en ambos tipos de potestad probatoria oficiosas, sin perjuicio de que esto por supuesto esto va muy de la mano con el momento del procedimiento en que el legislador procesal dispone que el juez queda habilitado para decretar dicha prueba de oficio. La decretada en audiencia preliminar, antes de que se rendida la prueba y sólo cuando ésta ya ha sido ofrecida por las partes, claramente tiene como fin o telos lograr la plenitud en el material probatorio relevante. Mientras que la actividad probatoria que se desarrolla por un tribunal al dictar una providencia para mejor proveer, diligencia final o medidas para mejor resolver, tiene como fin lograr que el juzgador salga de un estado de duda en que se encuentra respecto de una alegación sobre un hecho realizada por una de las partes y respecto a la cual después de haber valorado toda la prueba producido en el proceso sigue sin poder confirmar o desconfirmar dicha alegación¹⁵⁷.

En palabras del profesor Iván Hunter Ampuero refiriéndose en específico a las medidas para mejor resolver: " En sencillas palabras, la actuación *ex officio* del juez tiene por finalidad intentar acabar las dudas sobre la existencia o no de una alegación fáctica, con el objeto de que la sentencia que se dicte en el proceso sea ajustada a la realidad empírica en la que se produjo el

¹⁵⁶ Tavolari Oliveros. Raul. (1994). "Tribunales, Jurisdicción y Proceso". Primera Parte. Capítulo I (Diligencias para mejor proveer antiguos y nuevos problemas) Editorial Jurídica de Chile, Santiago. Disponible en <http://bibliografias.uchile.cl/4743> pp 41-42.

¹⁵⁷ Hunter. Ampuero Iván. Op Cit. (2020) p 587.

conflicto, evitando de esa forma que la controversia- en su vertiente fáctica- se resuelva sobre la base de una aplicación de una regla de juicio.¹⁵⁸

Lo anterior hace que las medidas para mejor resolver sean en abstracto mucho más preocupantes para la imparcialidad del juzgador que la prueba de oficio producida en la etapa de conformación del material probatorio, cuestión que es admitida por Iván Hunter Ampuero.¹⁵⁹

Lo anterior se ilustra bien si empleamos la ya célebre clasificación de los tres momentos de la actividad probatoria en el derecho postulada por el profesor Jordi Ferrer Beltrán desde una aproximación basada en la teoría racional de la prueba. Haciendo uso de la clarificación, podemos decir que la prueba de oficio decretada hasta el término de la audiencia preliminar y producida durante la audiencia de juicio o el término probatorio si el procedimiento lo contempla, operaría en la primera fase de conformación del conjunto de elemento de juicio o pruebas; el momento natural para el ofrecimiento y producción de la prueba sin importar su origen, de oficio o de parte.

Por el contrario, la prueba de oficio decretada en la forma de una medida para mejor resolver se decreta y produce ya estando el proceso en la fase de valoración de los elementos de juicio o prueba, ya que su dictación es precedida por a una valoración que arroja por resultado una duda respecto a la correspondencia de una de las alegaciones de hecho y la realidad.¹⁶⁰

Lo anterior genera una distorsión respecto de las medidas para mejor resolver que las distinguen para mal del otro tipo o forma de ordenar prueba de oficio ya que solo en ellas su

¹⁵⁸ Ibid. p. 543.

¹⁵⁹ Ibid. p. 584-585.: " Sin embargo teniendo presente lo expuesto, es posible afirmar que la iniciativa probatoria *ex officio* del PCPC no arroja luces de romper la imparcialidad del juzgador puesto que el criterio para participar en la actividad de aportación de prueba no supone un discernimiento o valoración previa de suficiencia o insuficiencia de los resultados de la prueba. Distinto sería, por cierto, si se permitiese al juez disponer de prueba en una etapa posterior a los resultados de la misma y una vez que ha constatado la existencia de hechos dudosos o inciertos. En este caso, la imparcialidad se pone en tela de juicio, toda vez que la necesidad de prueba se funda en un *prejuicio* sobre el mérito, es decir se propone prueba porque los resultados probatorios no son suficientes para dar por acreditada una afirmación de hecho".

¹⁶⁰ Ferrer Beltrán, Jordi. (2007) " La valoración racional de la prueba". Madrid: Marcial Pons, 2007. p 41-49. disponible en:https://uchile.primo.exlibrisgroup.com/discovery/search?query=any,contains,Jordi%20Ferrer%20Beltr%C3%A1n&tab=Everything&search_scope=MyInst_and_CI&vid=56UDC_INST:56UDC_INST&offset=0

dictación supone necesariamente que existe un prejuzgamiento o pre-valoración del material de juicio realizado por el juzgador con anterioridad al momento de decisión, es decir cuando contempla su duda y decide decretar la realización de la medida para escapar de ella y de la aplicación del resultado, que ya le avisa su mente, producirán la aplicación inexorable de las reglas de juicio correspondientes a la carga de la prueba en la tercera y último momento mencionado por Ferrer , es decir la que comprende la adopción de la decisión sobre los hechos probados.

A estas alturas y confiando que el lector ha podido seguirnos de cerca, proponemos humildemente nuestra propia definición de medidas para mejor resolver: Las medidas para mejor resolver son una especie de poder más o menos discrecional de dirección material que la ley otorga al ente jurisdiccional , a efectos de permitirle aportar medios de prueba de manera oficiosa al proceso y cuyo presupuesto operacional es la existencia de alegaciones de hecho controvertidas por las partes cuyo estatus de confirmación se mantiene dudoso para el juzgador de cara a la decisión final del litigio y con posterioridad a la valoración de la totalidad de los medios de prueba aportados por las partes o el mismo juzgador durante la etapa de conformación del material probatorio. Su fin es ayudar al juzgador a salir de dicho estado de duda, para evitar que el litigio se resuelva con total independencia de la correspondencia o no de las alegaciones de hecho controvertidas por las partes y la realidad empírica mediante la aplicación de las reglas de carga de la prueba en su sentido material. Su resultado conlleva siempre la incorporación al juicio de un medio probatorio adicional sea que este confirme o no la alegación de hecho respecto de cuya veracidad dudaba el juzgador al momento de ordenar la medida¹⁶¹.

Por último, destacamos ciertas características de nuestra definición: a) destaca el fin particular de las medidas para mejor resolver frente a otras facultades oficiosas de los tribunales en materia de prueba b) Utiliza el lenguaje técnico propio los momentos de la actividad probatoria empleados por la teoría racionalista de la prueba¹⁶², c) suscribe a una tesis de verdad

¹⁶¹ Nos atrevemos aquí humildemente a entregar una definición propia de las medidas para mejor resolver, sumándonos a todos los otros autores que han contribuido a esclarecer esta institución y por supuesto incorporando en ella muchas partes y características previamente reseñadas por ellos.

¹⁶² Ferrer Beltrán, Jordi. (2007) Op Cit p 41-49.

como correspondencia entre las narraciones sobre los hechos introducidas por las partes y la realidad empírica.¹⁶³ d) destaca que el producto de las medidas para mejor resolver es siempre un medio de prueba sin perjuicio de que el Código de Procedimiento Civil no lo trata expresamente como tal¹⁶⁴ y e) explicita que su dictación conlleva siempre una valoración anticipada del material probatorio.

Armados con el bagaje histórico de las medidas para mejor resolver, y con un concepto de ellas moderno y que pone énfasis en su aspecto probatorio y su característico presupuesto operativo de duda, a continuación, entraremos de lleno uno de los capítulos fundamentales de esta memoria, en que trasparentaremos nuestra posición en torno al debate entre garantistas y publicistas. También explicaremos los particulares riesgos que la dictación de la prueba de oficio puede tener para la imparcialidad judicial, cuando si y cuando no.

¹⁶³ Taruffo, Michele. (2003) " Algunas consideraciones entre la relación de prueba y verdad" Edición digital a partir de Discusiones: Prueba y conocimiento, núm. 3 (2003), pp. 15-41 disponible en: URI: <https://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmckk9s2>

¹⁶⁴ Palomo, Vélez, Diego. (2010) Op Cit. p 358 en específico la nota al pie n° 10.

CAPÍTULO III.

Nuestra posición: La Pérdida De Imparcialidad Del Tribunal Y Las Medias Para Mejor Resolver, Antiguos Problemas¹⁶⁵ Y su Exacerbación al dictarse posteriormente a la adopción del acuerdo.

a) Nuestra postura

Iniciaremos este capítulo central en la presente obra exponiendo nuestra posición intelectual personal al lector, respecto del debate doctrinal entre publicistas y garantistas en el que se enmarca cualquier discusión respecto a la afectación de la imparcialidad del juzgador a propósito de las medidas para mejor resolver. La definición que propusimos respecto a las medidas para mejor resolver en el capítulo anterior ya debería habernos delatado parcialmente.

En primer lugar, diremos junto con Tarrufo, consideramos que la verdad de los enunciados fácticos en disputa que constituyen el conflicto de relevancia jurídica a decidir, junto con la correcta selección e interpretación de la norma jurídica, son condiciones necesarias, pero no suficiente para la justicia de la decisión en un proceso. Junto con esta condición, que apela a la justicia o corrección de la decisión, también consideran igualmente relevante la justicia del procedimiento, es decir que la decisión sea el resultado de un proceso justo y racional. Pero a su vez igual que la condición respecto a la justicia de la decisión, la justicia procedimental sólo es condición necesaria más no suficiente para la justicia del proceso.¹⁶⁶

Así las cosas, considero que la conveniencia o no de otorgarle facultades probatorias a los tribunales pasa por evaluar si estas constituyen una herramienta más que ayude a perfeccionar la justicia de la decisión, sin sacrificar la justicia del procedimiento¹⁶⁷.

¹⁶⁵ El título del presente capítulo es un guiño al trabajo de: Tavolari Oliveros. Raúl. (1994). "Tribunales, Jurisdicción y Proceso". Primera Parte. Capítulo I (Diligencias para mejor proveer antiguos y nuevos problemas) Editorial Jurídica de Chile, Santiago. Disponible en <http://bibliografias.uchile.cl/4743>

¹⁶⁶ Taruffo. Michele. (2003) Op Cit pp. 26-30 .

¹⁶⁷ Cordados qui con la postura I Junoy. Joan Picó. "El Derecho Procesal entre el Garantismo y la Eficacia: Un Debate Mal Planteado". Derecho y Sociedad nº38. Asociación Civil.p 280.: "En definitiva, entiendo que en el debate procesal lo verdaderamente relevante no es tanto buscar el origen histórico de una determinada institución, o más concretamente, el régimen político en el que ha surgido, sino analizar si dicha institución es o no válida para lograr la mejor justicia sin sacrificar ninguna garantía procesal".

En este sentido y sin creer que la prueba de oficio sea la llave maestra de cuya existencia o no dependa en gran medida la solución de todos los problemas que aquejan a la admiración de justicia en el siglo XXI¹⁶⁸ ¹⁶⁹, si considero que su uso puede ser de utilidad como una herramienta más para mejorar la justicia de la decisión, por cuanto puede proveer al igual que cualquier medio de prueba sin importar su origen de parte o a instancia el tribunal; de elementos de información o juicio para r confirmar o no la veracidad es decir correspondencia de las alegaciones realizadas por las partes en disputa.¹⁷⁰ Lo cual constituye un imperativo para la toma racional de decisiones de todo tipo incluyendo por supuesto a las jurisdiccionales, lo que a su vez desde un punto de vista sistémico consideramos es un requisito esencial para la eficacia del sistema jurídico, como un sistema normativo que busca influir eficazmente en la conducta de los individuos que viven en sociedad.

En este sentido nos posicionamos como partidario no incrédulos o si se quiere tibios, respecto de la prueba de oficio, reconociendo que su capacidad para producir elemento de confirmación respecto a las alegaciones fácticas en disputa es en principio igual de limitada que la de cualquier otro medio de prueba ofrecido por las partes. Dicho lo anterior, la prueba de oficio presenta la debilidad adicional de que el juzgador se encuentra naturalmente más lejos y por lo tanto es menos indicado que las mismas partes para conocer las fuentes de prueba cuya producción en el proceso como medios de prueba puedan ser de utilidad para confirmar o no las alegaciones fácticas de las mismas¹⁷¹.

¹⁶⁸ Creo esta visión en exceso entusiasta con la prueba de oficio puede verse en algunos pasajes del trabajo de Osorio. Gaete. Diego. (2022). *"Las Facultades de Oficio del Juez: Una alternativa para superar los tiempos de crisis de la justicia civil"* en *Principios de Justicia Civil dirigido por Jesús Ezurmendia Álvarez*. España: Bosch Editor.

¹⁶⁹ Buscamos alejarnos así de posiciones que se encuentran expuestas a críticas como las esbozadas en esta línea por el profesor Diego Palomo Vélez, véase Diego., Palomo. Vélez. (2010). *"Reforma Procesal Civil Oralidad Y Poderes Del Juez"*. Santiago: Legal Publishing. p 348.

¹⁷⁰ Taruffo. Michele. (2003) Op Cit p 30 .:" En este contexto se acostumbra a decir que la función de la prueba es la de ofrecer al juez elementos para establecer si un determinado enunciado relativo a un hecho es verdadero o falso".

¹⁷¹ Palomo. Vélez. (2010) Op Cit 345.

Junto con que además a su respecto existe un riesgo particular no predicable del resto de los medios de prueba producidos por las partes, el riesgo de la inadecuada valoración a su respecto por parte del juzgador que puede tener un sesgo o *confirmation bias* que lo incline inconscientemente a sobre valorar los elementos de confirmación que la prueba que él mismo ordeno se produjera, realmente le aporta en comparación con el resto de los medios de prueba al momento de su valoración comparativa¹⁷².

Ambas críticas pueden ser en principio correctas, pero de ahí no se sigue que la solución sea la prohibición de las facultades probatorias de los tribunales. Respecto de la primera crítica nos plegamos y contestamos que, de una comparación con las virtudes del contradictorio como instrumento para la producción de la prueba, en el peor de los casos se puede concluir la superioridad de la producida por el contradictorio entre las partes, pero lo anterior no aporta ningún motivo para proscribir la prueba de oficio.

Por el contrario, y considerando acertada la separación del principio dispositivo y el de aportación probatoria cuya argumentación ya hemos planteado cuando hicimos una recapitulación de los argumentos presentado en este sentido por el publicismo procesal; Consideramos del todo posible y compatible con la vigencia del principio dispositivo, la existencia de procedimientos en que el legislador opte por clasificar los actos de prueba como actos mixtos, realizables tanto por las partes como por el tribunal¹⁷³. La convivencia de actividad probatoria realizada por las partes con actividad probatoria realizada por el tribunal parece del todo posible y deseable desde un punto de vista fundado en la regla general de libertad probatoria y el principio general de inclusión probatoria.

Además, en nuestra opinión, la prueba de oficio puede incorporar elementos de juicio importantes para lograr confirmar la veracidad o no de las alegaciones respecto a los hechos, que las partes por su aproximación estratégica al litigio y esto lo decimos sin ninguna connotación negativa, podrían no tener interés en producir. Al respecto Michele Taruffo: " El objetivo fundamental que persigue el abogado no es el de descubrir la verdad, o de tratar que el

¹⁷² Taruffo, Michele. (2006). Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa. *Ius et Praxis*, 12(2),P 95-122.. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122006000200005>.

¹⁷³ En el mismo sentido, Hunter. Ampuero Iván. *Op Cit.* (2020) p 582-584.

juez la descubra, sino el de ganar el caso. Puede decirse que el abogado puede estar verdaderamente interesado en descubrir la verdad en un solo caso: cuando la verdad de los hechos conduzca a la victoria de su cliente¹⁷⁴.

Teniendo lo anterior ahora en mente, la virtud de un sistema mixto se hace patente, ya que de lo contrario el juez solo podrá basar su decisión en consideración a elemento de juicio que le fueron suministrados por sujetos que se comportan estratégicamente y sin un compromiso necesario con que la decisión del litigio, respecto a las alegaciones de hecho en contienda se ajuste a la realidad.

Ahora respecto de la segunda crítica, consideramos que la solución a los problemas de sesgo en la valoración que respecto de la prueba de oficio en que podría incurrir el juez, no es la eliminación de sus facultades para producir prueba sino la exigencia de que el juzgador motive correctamente su decisión sobre los hechos. Al respecto de nuevo Michele Taruffo: " De otra parte, no hay necesidad de largas argumentaciones para enseñar que los remedios contra el prejuicio del juez son otros, y consisten en la plena realización del debate de las partes, también a obra del mismo juez, y en la necesidad que él redacte una motivación analítica y completa, racionalmente estructurada sobre la base de justificaciones controlables, de la decisión sobre los hechos".^{175 176}

Con todo esto presente podemos entrar al dilema central de las facultades probatorias de oficio, la crítica por excelencia enarbolada por el garantismo procesal; afectan o no la imparcialidad del juzgador.

b) La imparcialidad del juzgador y la prueba de oficio

¹⁷⁴ Taruffo, Michele. (2003) " Algunas consideraciones entre la relación de prueba y verdad" Edición digital a partir de Discusiones: Prueba y conocimiento, núm. 3 (2003), pp. 15-41 disponible en: URI: <https://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmckk9s2>

¹⁷⁵ Taruffo, Michele. (2006). Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa. *Ius et Praxis*, 12(2), P 95-122.. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122006000200005>.

¹⁷⁶ Hunter, Iván. Ampuero Op Cit 570-573.

Tal afectación, constituiría no solo una vulneración al derecho a un juez imparcial, que constituye un elemento esencial de contenido constitucional y supranacional a un debido proceso¹⁷⁷, sino que a su vez resultaría en los términos en que nosotros mismos optamos por plantear nuestra postura, en una afectación a una exigencia necesaria para que pueda satisfacerse la justicia del procedimiento, la cual aceptamos como una condición necesaria aunque no suficiente para que pueda predicarse la justicia o corrección de la decisión judicial final.

Al respecto, desde ya anunciamos que no consideramos que la imparcialidad del juzgador se vea afectada per se por el hecho de que el mismo realice actividad probatoria la cual ya distinguimos de la actividad investigadora, sino que esto solo ocurre en determinadas circunstancias por lo que consideramos que cualquier tipo de discusión productiva respecto a este tema debe necesariamente abandonar las cómodas posiciones extremas respecto a que la prueba de oficio en ningún caso puede llegar a afectar la imparcialidad del juzgador o la contraria que predica que la prueba de oficio siempre y en todo lugar y momento sin importar las precauciones que en concreto se tomen afecta la imparcialidad del juzgador.¹⁷⁸

Esta aproximación, que creemos la más acertada forma de abordar este debate ha sido la adoptado en el notable esfuerzo del autor chileno contemporáneo Iván Hunter Ampuero quien fundándose en la gran diferencia que existe entre la dictación de prueba de oficio en una etapa de conformación del material probatorio, y una posterior al cierre del debate, con toda la prueba ya producida y valorada.¹⁷⁹

¹⁷⁷ Véase artículo 19 n° 3 inc 6 de la Constitución Política de la República de Chile y el inc 2 del artículo 5 de la misma carta fundamental en atención al artículo 8 n° 1 del Pacto de San José de Costa Rica o Convención Americana Sobre Derechos Humanos. En base a la anterior normativa, el Tribunal Constitucional en su sentencia rol: 53/1998 de fecha 5 de abril, ha señalado que el derecho a un juez o tribunal imparcial e independiente constituye un elemento esencial de la cláusula constitucional del artículo 19 n°3 que garantiza a todas las personas un justo y racional procedimiento.

¹⁷⁸ Hunter. Iván. Ampuero Op Cit 581: "La imparcialidad del juez no se relaciona directamente con la intensidad de los poderes atribuidos al juez, no exige pasividad absoluta, no es un límite de carácter cuantitativo de poderes y no funciona como un factor de delimitación externa a los poderes del juez, sino como un criterio de regulación o moderación que opera dentro de la esfera del proceso."

¹⁷⁹ Hunter. Iván. Ampuero Op Cit 570-573.

En el primero de estos escenarios, la definición de decretar prueba por el juzgador encuentra su motivo en una razón objetiva como es el lograr la plenitud del material probatorios pertinente y relevante para decidir¹⁸⁰, decisión que el juzgador toma, previo a cualquier producción de prueba frente a él (a estas alturas ella solo se ha ofrecido en los procedimientos reformados), y por lo tanto a cualquier valoración de esta incluso de manera interina.

A lo anterior debe sumarse la imposibilidad de que dentro de la decisión del juzgador que decreta la prueba oficiosamente en esta etapa se produzca una prognosis razonable de los efectos que dicha prueba tendría para la aplicación de las normas de estándar probatorio y carga de la prueba en su sentido material (como reglas de juicio) respecto a las partes.

En boca de Hunter Ampuero Iván (2020), esta forma de decretar prueba de oficio no implica riesgos para la garantía de imparcialidad del juzgador porque: " En primer lugar, porque su oportunidad es la audiencia preliminar donde el órgano jurisdiccional no puede determinar la existencia de hechos dudosos, de tal suerte que su iniciativa no se realiza en favor de una de las partes. En segundo lugar, porque a diferencia de la actividad probatoria desempeñada por las partes, la prueba del juez no está guiada por un interés particular ni por una especial previsión de los resultados probatorios"¹⁸¹.

En el segundo escenario, es decir el de la prueba de oficio que toma la fisonomía de las medidas para mejor resolver, el móvil del juzgador que decreta la prueba es necesariamente salir de un estado de duda respecto de la correspondencia de una o más de las hipótesis fácticas presentadas por las partes con la realidad. Dicho estado de duda es por supuesto muy diverso al de ignorancia inicial en el que se encuentra un juez que decreta prueba de oficio antes del término de una audiencia preliminar.

Aquí ya no solo ya ha habido valoración, es decir determinación por parte del juez de la capacidad corroborativa de todos los medios de prueba individualmente considerados en relación a las distintas hipótesis de hecho en conflicto, sino que derechamente se ha aplicado a

¹⁸⁰ Ibid. p 587: " Vista la imposibilidad de utilizar como criterio de aportación de prueba *ex officio* la existencia de hechos o dudosos pro amenazar la imparcialidad del juzgador, no cabe duda que el único parámetro válido es un criterio de plenitud en el material probatorio".

¹⁸¹ Hunter. Iván. Ampuero (2020) Op Cit 587-588.

su respecto el estándar probatorio, lo anterior ya que dicho estado de duda, en que se encuentra el juzgador que dicta una medida para mejor resolver y del cual quiere escapar, está definido precisamente por el estándar de prueba.

El juez sólo puede reconocer que se encuentra dudoso respecto a una hipótesis de hecho x, si ha determinado que todas las pruebas producidas en juicio y ya valoradas por él, no corroboran la veracidad de dicho enunciado lo suficiente como para tenerlo por cierto para efectos de decisión del conflicto.

Lo anterior en nuestra opinión puede llegar a constituir un claro evento de prejuzgamiento constitutivo de causales de recusación y/o implicancia según lo dispuesto de los artículos 196 n°10 y 195 n°8 del Código orgánico de Tribunales respectivamente bajo ciertas circunstancias, vulnerándose el derecho a un juez imparcial.

Pero ¿en qué forma en específico y que aspecto de la imparcialidad como un elemento esencial de la garantía a un debido proceso se vería afectado? Para contestar la anterior pregunta debemos entregar un concepto de imparcialidad, cuestión a la que nos abocaremos a continuación.

El concepto es indeterminado y hay pluralidad de concepciones que los autores han ensayado a su respecto, junto con distintas formas de clasificar la imparcialidad. Además, Esta suele confundirse en ciertos alcances con conceptos próximos pero diferentes como la neutralidad¹⁸² y la independencia¹⁸³. A continuación, presentamos al lector alguna concepciones, ideas y caracterización que consideramos especialmente útiles:

¹⁸² La distinción entre los conceptos de imparcialidad y neutralidad es integralmente tratada por Hunter. Iván. Ampuero (2020) Op Cit 573-580. Compartimos su visión respecto a que solo una confusión entre ambos conceptos puede llevar al postulado de que la única forma de obtener un juez imparcial es teniendo un juez neutral. La neutralidad por lo demás no sería un imperativo constitucional como la imparcialidad, sino una opción legislativa que se coindice con una visión del proceso que solo valora este como una forma institucional de resolución de conflictos, sin un compromiso con que la decisión sobre los hechos se corresponda con la realidad empírica como uno de sus fines.

¹⁸³ Para una bastante completa aproximación véase el trabajo de Bordali Salamanca, Andrés. El derecho fundamental a un tribunal independiente e imparcial en el ordenamiento jurídico chileno. 2009. «Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso [online]. 2009, n.33.» Último acceso: 14 de 11 de 2022.

En primer lugar, partiremos con el trabajo del profesor de la Universidad de Alicante don José Aguiló Regla que consideramos excepcionalmente esclarecedor:

“...la independencia y la imparcialidad responden al mismo tipo de exigencias: tratan de proteger el derecho de los ciudadanos a ser juzgados desde el Derecho y tratan de preservar la credibilidad de las decisiones y las razones jurídicas. Y para ello pretenden controlar los móviles (los motivos) por los cuales el juez decide. ¿En qué se diferencian, pues? La independencia, el deber de independencia, trata de controlar los móviles del juez frente a influencias extrañas al Derecho provenientes desde fuera del proceso jurisdiccional, es decir, provenientes del sistema social en general. Por tanto, el juez debe ser independiente frente a otros jueces, frente a otros poderes del Estado, frente a la prensa, frente a organizaciones sociales, frente a la Iglesia, etc.

La imparcialidad, el deber de imparcialidad, por el contrario, trata de controlar los móviles del juez frente a influencias extrañas al Derecho provenientes desde dentro del propio proceso jurisdiccional. En este sentido, el deber de imparcialidad puede definirse como un deber de independencia frente a las partes en conflicto y/o frente al objeto de litigio”.

En efecto, la abstención y la recusación protegen no sólo el derecho de los ciudadanos a ser juzgados desde el Derecho (legalidad de la decisión), sino también y fundamentalmente la credibilidad de las decisiones y las razones jurídicas. Lo que, en realidad, reconoce el juez que se abstiene (o el que admite una recusación) es que si no lo hiciera su decisión podría ser vista como motivada por razones distintas a las suministradas por el Derecho y, por tanto, la decisión podría perder su valor. La decisión podría interpretarse a partir de razones con un potencial explicativo tan alto como el parentesco o el interés en el proceso y, en consecuencia, resultar deslegitimada. La decisión, al contar con una explicación verosímil distinta del simple cumplimiento del deber por parte del juez, podría perder su autoridad. Este aspecto de actuar en defensa de la credibilidad de las razones y las decisiones judiciales no es marginal ni meramente secundario, es consustancial a la abstención y a la recusación. Y ello es así porque nada hay más distorsionador para el buen funcionamiento del Estado de Derecho que el que las decisiones judiciales se interpreten (o puedan ser interpretadas) como motivadas por razones

extrañas al Derecho; y que las argumentaciones que tratan de justificarlas se vean como meras racionalizaciones¹⁸⁴.

En segundo lugar, nos interesa exponer las ideas entorno a la imparcialidad que ha planteado el jurista nacional, Andrés Bordali Salamanca, en una de las obras más completas y recientes sobre el tema en el medio nacional:

"La imparcialidad considerada subjetivamente dice relación con el posicionamiento personal de los jueces en los términos de las partes de una causa judicial. Se habla de una consideración del fuero interior de los jueces, que debe considerarse imparcial mientras no se demuestre lo contrario. Se ha dicho que la imparcialidad subjetiva, cual derecho fundamental de los justiciables, comporta una garantía que permite que un juez sea apartado de un caso concreto cuando existan sospechas objetivamente justificadas. Es decir, debe tratarse de conductas exteriorizadas y apoyadas en datos objetivos que permitan afirmar que el juez no es ajeno a la causa o que permitan temer que, por cualquier relación con el caso concreto, no utilizará como criterio de juicio el previsto por la ley sino otras consideraciones ajenas al ordenamiento jurídico...

[...]Con la imparcialidad objetiva no se trata ya que el juez haya exteriorizado convicción personal alguna ni haya tomado partido previo, sino que estamos frente a un juez que no ofrece garantías suficientes para excluir toda duda legítima al respecto. Por eso, en esta perspectiva, importan sobremanera las consideraciones de carácter funcional y orgánico, pues determinan si, por las funciones que se le asignan al juez en el proceso, puede este ser visto como un tercero ajeno a los intereses que en él se ventilan.

Cuando se separa a un juez de la causa porque se ha tomado en consideración la ausencia de imparcialidad objetiva, no debe entenderse como una constatación de su parcialidad, sino como una medida adoptada con un carácter de prevención, para así eliminar recelos y sospechas, evitando una eventual posterior acusación de parcialidad.¹⁸⁵

¹⁸⁴ Aguiló. Regla. Josep. (2009) "*Imparcialidad y Concepciones del Derecho*" REVISTA JURÍDICAS ISSN 1794-2918 Vol. 6 No. 2. julio - diciembre, 2009 Manizales - Colombia. pp 30-32.

¹⁸⁵ Bordali. Salamanca, 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* [online]. 2009, n.33 [citado 2022-11-14], pp.263-302. Disponible en:

En tercer lugar, consideramos interesante también el desarrollo del concepto más reciente a la fecha de elaboración de este trabajo, realizada por la jurisprudencia de nuestro máximo tribunal y que versa en específico sobre su pérdida por prejuzgamiento y que citamos en extenso a continuación:

"3° Que la independencia e imparcialidad de los jueces es una garantía fundamental de todas las personas que recurren a los tribunales de justicia, que constituye una reafirmación de la igualdad ante la ley y de la protección que se le debe en el ejercicio de sus derechos y ante la justicia, aspectos que nuestro ordenamiento constitucional reconoce en diversas disposiciones, en especial en los artículos 5 °, 19 ° N.º 2, 3, 7, 26 y 76 ° de la Carta Fundamental. De igual modo, se han reconocido estas garantías en diferentes declaraciones y convenciones internacionales ratificadas por nuestro país.

Los tribunales nacionales e internacionales han determinado que toda persona, dentro de un debido proceso, corresponde sea juzgada por un tribunal integrado por jueces objetivamente independientes y subjetivamente imparciales, aspecto, este último, que se ha destacado tiene dos vertientes: a).- Concreta, referida a los jueces y a la ausencia de cualquier relación con las partes que afecten su desempeño, la que debe ser verificada mediante la prueba correspondientes; y b).- Abstracta, en que se excluye todo posible cuestionamiento de parcialidad, en donde aspectos objetivos, constituyen antecedentes suficientes que podrían llegar a establecer cualquier legítima duda y, por lo mismo, razonablemente llevan a hacer perder la confianza en el desempeño ecuánime y neutral del juzgador. Por consiguiente, cualquier juez de quien se pueda temer, por una fundada causa legal, su falta de imparcialidad debe ser aceptada su recusación;

4° Que no obstante lo razonado precedentemente, si bien es efectivo que nuestro ordenamiento jurídico, aspira y persigue el respeto y la observancia de la garantía constitucional que propugna que todas las personas tienen derecho a ser juzgadas por un tribunal imparcial, lo cierto es que cuando se intenta inhabilitar a un magistrado mediante la invocación de una causal abstracta, como sería, la de haber conocido previamente de los hechos de que fue objeto la

víctima, máxime cuando el recurrido manifiesta que se han aportado nuevos antecedentes en esta causa y que el sumario fue reabierto el 22 de marzo último lo que denota que existen otros antecedentes distintos de los que él ya conoció con anterioridad. De lo anterior, cabe colegir que tal impugnación -sobre la objetividad del ministro- debe ser sustentada en antecedentes objetivos y personales, que en forma positiva y suficiente denoten la razonabilidad de la duda que se esgrime acerca del futuro desempeño del sentenciador, en cuanto a su ecuanimidad y justicia;"¹⁸⁶

También llamamos la atención del lector a otras importantes sentencias en la materia específica de la falta de imparcialidad por prejuzgamiento que han dictado nuestros tribunales superiores. En ese sentido la sentencia de la Ilma. Corte de Apelaciones de Valparaíso del año 2013 que resolviendo de un recurso de nulidad laboral a propósito de un prejuzgamiento de prueba en una audiencia de conciliación en material laboral nos informa:

"*Cuarto:* Que la garantía constitucional que se dice vulnerada en la contenida en el artículo 19 N°3 inciso sexto de la Carta Fundamental que alude a las garantías de un procedimiento y una investigación "racionales y justos" y que responde al principio denominado debido proceso, una de cuyas características esenciales es que el juicio se desarrolle ante un Juez imparcial. Que la imparcialidad debe, obviamente, reflejarse por hechos o actuaciones de quien representa al ente jurisdiccional, de lo que se sigue la constatación en las audiencias que se celebran en los respectivos tribunales orales -y en todas las materias- la dirección que haga el Juez en las audiencias que dirige. Si, como acontece en la especie, el Magistrado frente a una demanda laboral en que se presenta un contrato a plazo fijo y se señala en el libelo que la relación laboral prosiguió, resulta inadecuado y parcial que el Juez de la causa señale que "para mí basta el contrato, para mí rige el contrato, para mí vale el contrato, "usted acompaña un contrato, ella firmó un contrato y ese es el contrato que vale punto" a lo cual debe unirse el comentario que señala de manera coloquial -lo que no procede- las posibilidades que usted tiene son bien pocas señora... son bien poquitas.

¹⁸⁶ AGRUPACIÓN DE FAMILIARES DE EJECUTADOS POLÍTICOS/GONZÁLEZ: 06-04-2022 ((CRIMEN) RECUSACIÓN), Rol N° 8392-2022. En Buscador Jurisprudencial de la Corte Suprema (<https://juris.pjud.cl/busqueda/u?iu8l>). Fecha de consulta: 28-01-2023

Quinto: Que lo anterior se vio reflejado en la sentencia que se dictó a continuación de la audiencia celebrada el día siete de diciembre pasado en que acogió las excepciones de la demandada, ex empleadora de la actora, de caducidad de la acción de despido injustificado y que se encuentra prescrita la acción de nulidad de despido, como se lee en el considerando cuarto de la sentencia impugnada en que alude al "mérito del contrato de trabajo suscrito por las partes" y en la experiencia del sentenciador por más de 20 años en juicios de la misma índole.

Sexto: Que el proceder cuestionado y que por este recurso se revisa excede las atribuciones con que cuenta el Juez Laboral de conformidad a lo prevenido en el artículo 501 en relación con el 453 del Código del Trabajo, en cuanto el llamado a conciliación supone una proposición de bases para un posible acuerdo y que las opiniones que emita el Juez no causarán su inhabilidad en cuanto se refieran a prestaciones y montos reclamados, la que no comprende una apreciación de los antecedentes probatorios que se acompañan.^{187 188}

En el mismo sentido, la Ilma. Corte de Apelaciones de Concepción mediante fallo del año 2017 que resolvió un recurso de apelación respecto a un incidente de recusación a propósito de un prejuzgamiento de prueba en una audiencia preparatoria en materia de familia nos informa:

"SEXTO. Que la causal de recusación que se ha esgrimido es la del artículo 196 N° 10 del Código Orgánico de Tribunales, esto es, «Haber el juez manifestado de cualquier modo su dictamen sobre la cuestión pendiente, siempre que lo hubiere hecho con conocimiento de ella».

SÉPTIMO. Que las causales de implicancia y recusación, en general, buscan resguardar una condición o requisito esencial para el ejercicio de la función de juzgar, cual es, la imparcialidad del juez y la imagen que éste debe proyectar frente a los litigantes y la comunidad; el juez no solo debe ser imparcial, sino que no debe dejar dudas de serlo. Se trata de inhabilidades personales de los jueces, previstas por la ley, que autorizan a los litigantes para inhibirlos del conocimiento de un determinado asunto, en razón de la presunta falta de imparcialidad. (...)

¹⁸⁷ ARRIAGADA CON INMOBILIARIA E INVERSIONES F.M.C. LTDA.: 14-03-2013 (-), Rol N° 5-2013. En Buscador Corte de Apelaciones (<https://juris.pjud.cl/busqueda/u?b030r>). Fecha de consulta: 29-01-2023

¹⁸⁸ Esta sentencia es objeto de un muy interesante comentario en: Palomo Vélez. Diego. (2014). Sobre la conducta procesal de algunos jueces: De vuelta con la unidimensionalidad de la eficiencia y la potestad conciliatoria como excusas. Ius et Praxis, 20(1), 377-396. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122014000100016>

NOVENO. Que del tenor del N° 10 del artículo 196 del código citado, la causal alegada se configura por el hecho de haber emitido el juez pronunciamiento de «cualquier modo» sobre la cuestión pendiente de fallo.

DÉCIMO. Que en el caso de autos, las expresiones vertidas por la juez a quo en la audiencia preparatoria del día 23 de junio de 2017, importan a juicio de estos sentenciadores, un prejuizgamiento del resultado que se obtendrá de las evaluaciones psicológicas y psiquiátricas ofrecidas por las partes (refiere a que también el demandado solicitó estas pruebas periciales), lo que importa una clara manifestación de lo que opina sobre aquellas probanzas que directa o indirectamente se relacionan con la materia debatida. Estos hechos constituyen, a juicio de esta Corte, un antecedente objetivo, idóneo y suficiente para que la recusación que se solicita sea declarada.¹⁸⁹

Armados de todos estos conceptos, caracterizaciones, calificaciones e ideas sobre la imparcialidad que le hemos presentado al lector, esperamos pueda concluir junto con nosotros, que la forma específica en que la imparcialidad del juzgador, o la aparental de la misma, se puede ver afectada en su vertiente objetiva y abstracta, siguiendo las nomenclaturas empleadas por Andrés Bordali Salamanca y nuestra Excelentísima Corte Suprema respectivamente, al cuando los tribunales utilizan estas facultades probatorias *ex officio*, al estilo de las medidas para mejor resolver se concretiza en dos escenarios y formas diversas.

Respecto a los escenarios riesgosos y lo que constituye un punto de acuerdo entre las posturas garantistas¹⁹⁰ y la tesis particular que desde el publicismo ha presentado Iván Hunter Ampuero¹⁹¹; los escenarios de riesgo son los siguientes:

- i) Cuando la prueba oficiosamente decretada falla, no llega producirse en juicio, o no es exitosa en aportar un nuevo elemento de juicio por los motivos que sean y;
- ii) Cuando la prueba oficiosamente decretada es exitosa y logra sacar al juzgador del estado de duda en que se encontraba respecto a la confirmación de una hipótesis de hecho x cuya carga de la prueba correspondía a una de las partes.

¹⁸⁹ULLOA CON GATICA: 20-10-202 (-) Rol N° 4256-2013. En: https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/ADIR_871/apelaciones/documentos/docCausaApelaciones.php?valorDoc=eyJ0eXAiOiJKV10. Fecha de consulta: 29-01-2023.

¹⁹⁰ Botto Oakley. Hugo. 2001"La inconstitucionalidad de las medidas para mejor resolver", Fallos del Mes, Santiago. pp 80-83.

¹⁹¹ Hunter. Iván. Ampuero (2020) Op Cit p 585.

Respecto del escenario i), la forma particular en que consideramos se afecta la imparcialidad del juzgador redundando en que la valoración probatorio previamente producido por las partes y la aplicación de un estándar de suficiencia probatoria, al menos respecto de una de las hipótesis de hecho objeto del litigio que necesariamente precede a la constancia del estado de duda, o falta confirmación suficiente por parte del juzgador.

Es la condición habilitante y el presupuesto mismo para la dictación de las medidas para mejor resolver, lo que implica que la dictación de la medida probatoria *ex officio* conlleve una forma tácita pero inequívoca de transmitir a todas las partes del juicio, y de manera anticipada a la resolución final del conflicto, su juicio de hecho respecto de al menos uno de los enunciados fácticos en disputa.

Para ser especialmente claros, si el juez decreta de oficio una medida para mejor resolver para probar la correspondencia de la hipótesis de hecho h1 con la realidad, dicho acto, transmite de manera tácita, pero inequívoca, la opinión del juez sobre el estado de confirmación de h1, el cual no puede ser otro que el de no confirmado o no superación del estándar probatorio.

Lo anterior de por sí, es fácilmente subsumible bajo las hipótesis de impugnancia y recusación de los artículos 185 n° 8 y 186 n° 10 del Código Orgánico de Tribunales. Es decir, respectivamente:

" Haber el juez manifestado su dictamen sobre la cuestión pendiente, con conocimiento de los antecedentes necesarios para pronunciar sentencia;"¹⁹²

"Haber el juez manifestado de cualquier modo su dictamen sobre la cuestión pendiente, siempre que lo hubiere hecho con conocimiento de ella;"¹⁹³

¹⁹² Biblioteca del Congreso Nacional. Ley Chile. " Código Orgánico de Tribunales". disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=25563&idParte=9783134&idVersion=2020-02-07>

¹⁹³Biblioteca del Congreso Nacional. Ley Chile. " Código Orgánico de Tribunales". disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=25563&idParte=9783134&idVersion=2020-02-07>

Como se ve las expresiones manifestado y manifestado de cualquier modo, son lo suficientemente amplias para comprender la manifestación tácita que se genera con la dictación de la medida para mejor resolver.

Hasta acá, la afectación a la imparcialidad del tribunal por la manifestación de un prejuzgamiento respecto a la cuestión fáctica o presupuesto fáctico de al menos una de las pretensiones en conflicto, estando impuesto el tribunal de todos los elementos de juicio producidos, es evidente y ya debería ser suficiente para que consideremos seriamente derogar este tipo de poderes probatorios de oficio. Pero la verdad es que la afectación más grave ocurre cuando la medida decretada por los motivos más diversos no termina cumpliéndose o concluyendo en la producción de prueba.

Al respecto el profesor Iván Hunter Ampuero señala: " Pero más aún si la prueba no tiene el éxito pretendido, entonces el litigio ya se habrá prácticamente resuelto en un momento anterior al pronunciamiento de la sentencia. En ambos casos se pone en duda la efectiva protección de la imparcialidad del juez. [...]"¹⁹⁴

[...] "El pierde su imparcialidad desde que efectúa una valoración en forma previa a la sentencia que es similar a la que debe efectuar en la decisión final y es que, esta valoración opera sobre el mismo material probatorio, por ello resulta difícil que conduzca a un resultado diverso. Por ende, no resulta legítimo a la luz de este derecho fundamental reconocer una actividad probatoria que parta del dato de duda en la acreditación de un hecho"¹⁹⁵.

Concordamos con la conclusión a la que arriba el profesor y ministro del Tercer Tribunal Ambiental de Chile con asiento en Valdivia, pero creemos que se le escapa lo realmente esencial del problema. La imparcialidad se afecta, no porque el litigio ya se habrá resuelto en un momento anterior al pronunciamiento de la sentencia. Sino porque tal prejuzgamiento de uno de los elementos (el elemento fáctico de la pretensión) que compone el fondo del asunto, permite poner en tela de juicio, de manera razonable y verosímil, su motivación al momento de dictar la sentencia.

¹⁹⁴ Hunter. Iván. Ampuero (2020). p585.

¹⁹⁵ Ibid. p571.

En este sentido es importante recordar que: "La decisión, al contar con una explicación verosímil distinta del simple cumplimiento del deber por parte del juez, podría perder su autoridad. Este aspecto de actuar en defensa de la credibilidad de las razones y las decisiones judiciales no es marginal ni meramente secundario, es consustancial a la abstención y a la recusación. Y ello es así porque nada hay más distorsionador para el buen funcionamiento del Estado de Derecho que el que las decisiones judiciales se interpreten (o puedan ser interpretadas) como motivadas por razones extrañas al Derecho; y que las argumentaciones que tratan de justificarlas se vean como meras racionalizaciones"¹⁹⁶.

En este caso, dicha explicación alternativa, sería la llamada fuerza de prevención o el prejuicio, que consiste básicamente en sostener que la decisión del litigio tuvo como móvil, no la recta aplicación del derecho vigente a los hechos de un caso concreto, sino buscar preservar la opinión previamente adoptada por el juzgador. En este caso, la que se formó con anterioridad a decretar la medida para mejor resolver, respecto a la insuficiencia probatoria existente para corroborar la hipótesis de hecho en cuestión.

Lo anterior recordemos, es reconocido jurisprudencialmente como un afectación de la garantía de imparcialidad del juzgador:

" [...] importa una clara manifestación de lo que opina sobre aquellas probanzas que directa o indirectamente se relacionan con la materia debatida. Estos hechos constituyen, a juicio de esta Corte, un antecedente objetivo, idóneo y suficiente para que la recusación que se solicita sea declarada."¹⁹⁷

Por último recordamos que dicha afectación ocurre, con independencia de si en el caso en concreto el juez realmente se vio motivado en la adopción de su decisión final por su prejuzgamiento, en atención a la vertiente, abstracta y objetiva de la imparcialidad, que como ya

¹⁹⁶ Aguiló. Regla. Josep. (2009) "*Imparcialidad y Concepciones del Derecho*" REVISTA JURÍDICAS ISSN 1794-2918 Vol. 6 No. 2. julio - diciembre, 2009 Manizales - Colombia. pp 30-32.

¹⁹⁷ ULLOA CON GATICA: 20-10-202 (-) Rol N° 4256-2013. En: https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/ADIR_871/apelaciones/documentos/docCausaApelaciones.php?valorDoc=eyJ0eXAiOiJKV. Fecha de consulta: 29-01-2023

mencionamos¹⁹⁸, comprende incluso un deber de evitar siquiera la mera apariencia de parcialidad por parte de los órganos jurisdiccionales,^{199 200} en salvaguarda tanto del derecho de las partes a ser juzgadas por un tribunal imparcial, como de la credibilidad social de que las normas que rigen la vida en común son aplicadas correctamente y por los motivos correctos.

Ahora, respecto del segundo escenario, es decir cuando la medida para mejor resolver es exitosa, la prueba decretada *ex officio* se materializa en el proceso y está lograda sacar del estado de duda que el juzgador se encontraba respecto de la veracidad de una o más hipótesis de hecho.

Aquí no hay un problema de prejuzgamiento, en definitiva, la decisión final sobre el asunto controvertido tomará por cierto el enunciado fáctico Hx, lo que constituye un resultado distinto de la valoración de la prueba que corroboraba dicho enunciado y de la suficiencia de esta, la cual es siempre contextual a los elementos de juicio disponible y por lo tanto no es extraño se modifique si se modifican los mismos mediante la agregación de la prueba producida vía medida para mejor resolver.

En atención a lo anterior, no son los móviles de la decisión final o del fondo los que son puestos en entredicho en este escenario, sino los que motivan la dictación misma de la medida en nuestra opinión.

Lo anterior por cuanto, el momento procesal en que estas son decretadas por el juez o tribunal, supone como dijimos la constatación previa de un estado de duda respecto a la correspondencia de uno o más enunciados fácticos respecto de la realidad empírica.

¹⁹⁸ Ver notas al pie n° 182, 183 y 184 de esta memoria sobre los conceptos de apariencia de imparcialidad, imparcialidad objetiva e imparcialidad abstracta.

¹⁹⁹ Chunga Hidalgo. Laurence. " *El Derecho al Juez Imparcial y El Conocimiento Previo Del Thema Decidendi Como Causal de Inhibición*". disponible en: <https://studylib.es/doc/5538932/el-derecho-al-juez-imparcial-y-el-conocimiento-previo-del...> p 9. : "El contenido esencial supone dos aspectos: el subjetivo, que intenta evitar el juez prejuicioso mientras, que la imparcialidad objetiva pretende desterrar cualquier duda sobre la apariencia de imparcialidad del juez. La finalidad última del derecho es asegurar "la confianza que los tribunales deben inspirar a los ciudadanos en una sociedad democrática". A ese efecto el juez no sólo debe ser imparcial, también tiene que parecerlo [..]

²⁰⁰ Ibid. p 9: "El juez que ha actuado medios de prueba sin poder sentenciar la causa, sea porque se venció el plazo de deliberación, sea porque se quiebra el juicio, adquiere un conocimiento que genera aproximación, prevención o prejuicio respecto de la misma causa a debatirse. Es mejor parecer imparcial a que no serlo".

Dicho estado de duda, desde el cual se sitúa el juzgador al decretar las medidas para mejor resolver precisamente con el fin o propósito de hacerse con un elemento de juicio adicional que le permita salir de su estado de duda, superar el umbral de la suficiencia probatoria y poder dar por verdadero el presupuesto fáctico de la pretensión en cuestión para efectos de adjudicar el pleito. Constituye un lugar desde el cual puede a su vez vislumbrar los efectos para las partes del proceso que la permanencia del estatus de no confirmado del enunciado Hx, tendría en el resultado del pleito y específicamente en la situación procesal de las partes en virtud de la aplicación de las reglas de juicio o decisoria litis sobre carga material de la prueba.

En definitiva desde este punto, el juzgador al momento de decretar la medida para mejor resolver necesariamente hace una prognosis o proyección del efecto secundario si se quiere, que razonablemente esta tendría de ser exitosa, es decir el beneficio para la parte que por disposición del legislador debía solventar la carga de probar suficientemente la correspondencia entre Hx y la realidad empírica so pena de que el juicio se decida en su contra rechazando su pretensión y correlativamente el perjuicio que el cambio de estatus perseguido respecto de Hx desde dudoso a probado, conllevara para aquel litigante para quien las normas decisoria litis de la carga de la prueba no le han impuesto el *onus probandi* y a quien por el contrario beneficia la persistencia del estado de duda o falta de confirmación del antecedente de hecho que compone la pretensión que su contraparte dirige contra él.^{201 202}

Respecto de este argumento, los autores publicistas nacionales con la honrosa excepción de "Iván Hunter Ampuero", suelen esgrimir un mismo y unívoco contraargumento que a estas alturas constituye un lugar común. La contestación por esta parte de la doctrina es en

²⁰¹ Botto Oakley. Hugo. 2001 "La inconstitucionalidad de las medidas para mejor resolver", Fallos del Mes, Santiago. pp 46-47. : " Por todo ello, más que violarse el principio de imparcialidad con estas medidas, en razón de favorecer siempre potencialmente al demandante y desfavorecer siempre potencialmente al demandado, lo cierto es que tal violación del principio de imparcialidad esta referida no al demandante o al demandado propiamente dichos sino respecto de quien recae el peso probatorio, favoreciendo as siempre potencialmente al que tenga la carga de la prueba y perjudicando así siempre solo potencialmente al que no tenga la carga de la prueba, lo cual constituye la esencia de mi tesis".

²⁰² Hunter. Iván. Ampuero (2020) Op Cit pp 585. : "No cabe duda de que la prueba que se pueda aportar estará destinada a salir del estado de duda, es decir convertir el hecho incierto en un hecho cierto, de tal suerte que su actividad irá en beneficio de una de las partes y en perjuicio de la otra, esto es, la beneficiada con la no satisfacción de la carga de la prueba. Se rompe -a mi juicio-la imparcialidad del juzgador y el principio de igualdad, ya que se asume una actividad en beneficio de una parte y en consecuencia en perjuicio de la otra".

síntesis que; tal afectación a la imparcialidad del juzgador no se verificaría al momento de que este decide decretar la realización de una medida para mejor resolver, en atención a que este desconoce al momento de dictar el resultado probatorio que dicha medida producirá en el proceso, pudiendo en principio por lo tanto ser beneficioso a cualquier de las partes, lo que significaría que el juzgador no comprometido su imparcialidad al decretar la medida.^{203 204}

Al contraargumento anterior, las réplicas que se postulado por parte los autores son poco claras en nuestra opinión y en dejado la cuestión sin responder de manera precisa²⁰⁵.

Así al recoger el guante, "Hugo Botto Oakley" simplemente refuta: " Finalmente, se podría decir-en sustento de la conveniencia de estas medidas- que, al decretarlas, el juez no sabe cuál será el resultado y, por lo tanto, no se justifica la crítica. En respuesta, resulta claro que nadie sustenta una intencionalidad de parcialidad por parte del juez que decreta la medida para mejor resolver. Además de que al decretarla no se puede conocer su resultado, lo que es obvio, ello solo es un fundamento superficial pues lo de fondo y trascendente es que el juez no pierda nunca su carácter imparcial, antes de que firme sentencia, única oportunidad en que el juez puede y debe dejar de ser imparcial, decidiéndose por una de las dos posibilidades: condenar a favor del demandante o absolver a favor del demandado. No antes."²⁰⁶

²⁰³ En este sentido véase a: Bordali Salamanca, 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 [online]. 2009, n.33 [citado 2022-11-14], pp.263-302. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512009000200007&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-6851. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512009000200007>. pp 284-285.: " En primer lugar quiero recalcar que si la imparcialidad consiste, desde una perspectiva estrictamente subjetiva, en una equidistancia de los jueces respecto de las partes o un desinterés en relación con el objeto litigioso, por lo que los jueces sólo deben fallar según lo que prescriba la ley sin tomar en consideración otros intereses, es difícil comprender cómo esta doctrina llega a la conclusión que el juez que de oficio decreta pruebas en el proceso se torna parcial puesto que ese juez no tiene como saber *a priori* si el resultado de la prueba beneficiará a una u otra parte. Un juez que participa del probatorio proponiendo o decretando pruebas no se pone del lado de ninguna de las partes del proceso ni toma interés en el objeto litigioso. Cosa distinta es que del resultado de la prueba se vea beneficiado el demandante o el demandado, pero ello no obedece a la parcialidad del juez sino al poder intrínseco del medio probatorio para descubrir la verdad

²⁰⁴ En el mismo sentido Osorio. Gaete. Diego. (2022). "*Las Facultades de Oficio del Juez: Una alternativa para superar los tiempos de crisis de la justicia civil*" en *Principios de Justicia Civil dirigido por Jesús Ezurmendia Álvarez*. España: Bosch Editor. p 156.

²⁰⁵ En este sentido también debe verse a Diego., Palomo. Vélez. (2010). "*Reforma Procesal Civil Oralidad Y Poderes Del Juez*". Santiago: Legal Publishing. p 345. quien señala al respecto: " Creemos que si bien es cierto que con anterioridad a la practica de las prueba decretada, sin que exista petición de parte, no necesariamente se sabe a quien puede beneficiar o perjudicar la decisión de practicarla, implicará siempre un juicio de valor y una actuación judicial que mermara en mayor o menor la imparcialidad del juez".

²⁰⁶ Botto Oakley. Hugo. 2001"La inconstitucionalidad de las medidas para mejor resolver", Fallos del Mes, Santiago. pp 90-91.

Por su parte, Iván Hunter Ampuero contesta, también en nuestra opinión sin especial claridad, señala: " Por otro lado, si bien es verdad que los resultados probatorios son indeterminados al momento de decretar la prueba por parte del juez, no es menos cierto que el éxito de la prueba propuesta (que es el efecto querido y deseado con la actividad probatoria final) produce un efecto inmediato sobre el resultado del proceso y coadyuvar a la posición de una de las partes"²⁰⁷.

En nuestra opinión no queda especialmente claro en ninguno de estos argumentos, porque la incertidumbre del resultado probatorio de la medida para mejor resolver no es impedimento para que de igual manera se vea afectada la imparcialidad del juzgador.

Sin perjuicio de lo anterior, proponemos con una lectura generosa de los mismo y a la luz de la caracterización del derecho a un tribunal imparcial que hemos realizado en este capítulo, creo que podemos extraer una idea útil de ambos, i) que no es necesario que la intención principal del juzgador sea en concreto al dictar la medida para mejor resolver beneficiar a la parte que debe sustentar el *onus probandi* para que la afectación a la garantía de la imparcialidad ocurra y ii) el efecto en concreto de la prueba decretada para mejor resolver si bien es indeterminado al momento de dictarse la medida, lo anterior es de todos modos irrelevante ya que lo relevante sería que dentro del móvil del juzgador que decreta la medida, decretar la prueba de oficio con la intención de que esta sea exitosa en su capacidad de aportar nuevos elementos de juicio al proceso que permitan al juzgador salir del estado de duda en el que se encontraba respecto a una o más hipótesis de hecho, conlleva como consecuencia secundaria, es decir concordia por el juzgador aunque no deseada, el altamente probable efecto de que su curso de acción al dictar la medida, redunde razonablemente en un beneficio para una de las partes y en perjuicio para la otra.

En este sentido creo que la analogías o comparaciones con el concepto dogmático de dolo eventual, es decir la imputación de responsabilidad a alguien por los efectos de su conducta no deseados intencionalmente, pero cuyo acaecimiento probable era conocido y aceptado como una

²⁰⁷ Hunter. Iván. Ampuero (2020) Op Cit pp 585.

consecuencia de su acción por el sujeto al momento de actuar, puede ser útil para ayudar a comprender nuestro razonamiento

Asu vez, el concepto de tentativa también extraído de la dogmática jurídico penal, haciendo los matices necesarios para que nos sea útil en este contexto, nos resulta un artefacto explicativo de gran ayuda para comprender como, no es necesario que se produzcan los efecto de una conducta, en este caso que la prueba efectivamente redunde en beneficio a la parte que debía solventar la carga de la prueba de la hipótesis de hecho en cuestión; para que podamos apreciar que un sujeto ha dejado emplear como motivo para su acción una norma de comportamiento en específico.²⁰⁸

Haciendo la traducción a nuestro problema, son estas razones de carácter bastante universales y que subyacen a instituciones importantes de la parte general del derecho penal las nos que permitirían comprender cómo tanto a la parte agraviada por la medida para mejor resolver, como la sociedad en su conjunto, podrían poner verosímilmente en entredicho la motivación del juzgador al momento de dictar la medida para mejor resolver, y postular razonablemente que el móvil para decretarla no fue la recta aplicación del derecho, la búsqueda de la verdad material etc..., sino beneficiar a la parte que debe cargar con la carga de la prueba de la hipótesis de hecho Hx y cuyo beneficio, constituye una consecuencia probable de la dictación de la medida; la cual el juez es capaz de representarse; en atención a su conocimiento y valoración de todo el material probatorio producido en autos hasta el momento y de las reglas decisoria litis sobre carga de la prueba; al momento de decretarla.

Lo anterior, forma de construir la intencionalidad indirecta del juzgador de beneficiar a uno de los litigantes al dictar la medida para mejor resolver, nos parece un vínculo de imputación, que es lo suficientemente relevante como para afectar siquiera esta vertiente

²⁰⁸ Para un excelente trabajo, que da cuenta del tratamiento que, en la jurisprudencia actual, desde el 2020 en adelante, de la segunda sala penal de la Excelentísima Corte Suprema respecto a delitos de ejecución imperfecta cometidos con dolo eventual y su punibilidad, recomendamos: Sánchez. Izquierdo. Cristóbal. "*Dolo eventual en delitos no consumados: ¿qué propone la Corte Suprema chilena en el «caso Catrillanca» y el «caso de los disparos en Reñaca»?* SCS Rol N° 16945-2021. SCS Rol N° 134189-2020" en: en libro colectivo *Sentencias destacadas 2021, Una mirada desde la perspectiva de las Políticas Públicas*", Ediciones LYD, págs. 115-130.

objetiva²⁰⁹ y abstracta²¹⁰ del principio de imparcialidad del juzgador que hemos desarrollado en este capítulo, cuya protección alcanza como ya hemos mencionado hasta la apariencia misma de la imparcialidad cuando esta es puesta en jaque por motivaciones alternativas que pueden ser razonablemente sostenidas por las partes o por observadores externos a la relación procesal, lo que mella la autoridad del juzgador y a su vez la eficacia del derecho en general como sistema normativo²¹¹

En base a todo lo anteriormente razonado esperamos haber persuadido al lector de también en este escenario ii), las medidas para mejor resolver pueden afectar la garantía a ser juzgado por juez imparcial. Lo que en nuestra opinión hace insostenible este tipo de consagración legislativa de poderes probatorios oficiosos por cuanto no nos parecen compatible con el pleno aseguramiento y vigencia de la garantía constitucional²¹² y supranacionalmente

²⁰⁹Bordali. Salamanca, 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 [online]. 2009, n.33 [citado 2022-11-14], pp.263-302. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512009000200007&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-6851. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512009000200007>. pp 272-274.: [...]Con la imparcialidad objetiva no se trata ya que el juez haya exteriorizado convicción personal alguna ni haya tomado partido previo, sino que estamos frente a un juez que no ofrece garantías suficientes para excluir toda duda legítima al respecto. Por eso, en esta perspectiva, importan sobremanera las consideraciones de carácter funcional y orgánico, pues determinan si, por las funciones que se le asignan al juez en el proceso, puede este ser visto como un tercero ajeno a los intereses que en él se ventilan. [...] "Cuando se separa a un juez de la causa porque se ha tomado en consideración la ausencia de imparcialidad objetiva, no debe entenderse como una constatación de su parcialidad, sino como una medida adoptada con un carácter de prevención, para así eliminar recelos y sospechas, evitando una eventual posterior acusación de parcialidad."

²¹⁰ AGRUPACIÓN DE FAMILIARES DE EJECUTADOS POLÍTICOS/GONZÁLEZ: 06-04-2022 ((CRIMEN) RECUSACIÓN), Rol N° 8392-2022. En Buscador Jurisprudencial de la Corte Suprema (<https://juris.pjud.cl/busqueda/u?iu8l>). Fecha de consulta: 28-01-2023: [...] "b).- Abstracta, en que se excluye todo posible cuestionamiento de parcialidad, en donde aspectos objetivos, constituyen antecedentes suficientes que podrían llegar a establecer cualquier legítima duda y, por lo mismo, razonablemente llevan a hacer perder la confianza en el desempeño ecuánime y neutral del juzgador."

²¹¹ Aguiló. Regla. Josep. (2009) "*Imparcialidad y Concepciones del Derecho*" REVISTA JURÍDICAS ISSN 1794-2918 Vol. 6 No. 2. julio - diciembre, 2009 Manizales - Colombia. pp 30-32. : "La decisión podría interpretarse a partir de razones con un potencial explicativo tan alto como el parentesco o el interés en el proceso y, en consecuencia, resultar deslegitimada. La decisión, al contar con una explicación verosímil distinta del simple cumplimiento del deber por parte del juez, podría perder su autoridad".

²¹² La inconstitucionalidad de las medidas para mejor resolver debemos mencionar, fundada en la afectación a la garantía constitucional a un debido proceso y por lo tanto a ser juzgado por un juez imparcial, solo ha sido cuestionada ante el Tribunal Constitucional en sede de inaplicabilidad en la causa rol: 2811-15 oportunidad en que el Tribunal Constitucional en votación dividida optó por no entrar a conocer el fondo del asunto mediante sentencia de fecha 2.04.2015. Nos mantendremos muy atentos la próxima vez que un requerimiento en estas líneas sea presentado ante el tribunal.

consagrada, a ser juzgado por un tribunal imparcial, entendido como el derecho a ser juzgado por un juez al que no pueda razonablemente cuestionársele dicha imparcialidad.

Por último, no podemos dejar de reparar en que pese a que el autor " Iván Hunter Ampuero" expresa de manera tan clara los motivos por los cuales la iniciativa probatoria del tribunal que implica una valoración previa del material probatorio para su dictación está reñida con la adecuada protección y vigencia del derecho a ser juzgado por un tribunal imparcial.²¹³

Acto seguido se desdobra y admite dos contadas excepciones, o circunstancias en los que, pese a la auto confesada afectación a la imparcialidad del juzgador, propone permitir la dictación de este tipo de prueba de oficio en este momento final del proceso, a la son de las medidas para mejor resolver.

Por una parte, señala como excepción la prueba pericial, basándose en las tesis que controvierten su carácter de medio probatorio y arguyendo de manera bastante persuasiva que aquí nos encontraríamos ante un circunstancia de decretación de la medida para mejor resolver previa la constatación de un estado de duda, ya que la prueba pericial no buscaría suplir las falencias de prueba que al final de juicio obran insuficientemente en favor de tener por acreditada una hipótesis de hecho Hx, sino que nos encontraríamos ante una circunstancia diversa en que el juez requiere decretar la prueba pericial para siquiera comprender la prueba rendida en autos y poder así valorarla y posteriormente confirmar o su suficiencia en relación a un estándar.²¹⁴

El segundo escenario de excepción propuesto por autor; es cuando por motivos no imputables a las partes, las cuales han desplegado una actividad diligente en pro de solventar la carga de la prueba de los antecedentes fácticos de sus pretensiones, ciertas fuentes de prueba no logran transformarse en medios.

²¹³ Hunter. Iván. Ampuero (2020) Op Cit pp 571-573 y 585.

²¹⁴ ** Al respecto y pese a que no hemos estudiado suficientemente la naturaleza de la prueba pericial como para decantarnos firmemente por su carácter no probatorio; nos parece a priori un argumento interesante para sustentar una excepción. Aunque habría que entrar a analizar en detalle si dicha medida par mejor resolver que produzca el informe pericial sigue pudiendo ser razonablemente interpretada por las partes o la comunidad como una medida cuya motivación es el beneficio de la parte que tenía la obligación de probar la hipótesis de hecho Hx y sin embargo no lo ha logrado producto de la incapacidad del juzgador de comprenderla debido a su carácter técnico.

La discusión pormenorizada sobre si estas expresiones se justifican en concreto, es decir si deben permitirse porque no afectan la garantía a un juez imparcial excede a este trabajo, pero lo que si nos interés detenernos son la naturaleza o tipo de argumentos que el propio autor da en pro de justificar estas excepciones: " En ambos casos hay razones de evidente justicia y equidad que recomiendan permitir al juez ejercer *in extremis* una potestad probatoria, en miras no solamente de posibilitar un mejor resultado probatorio y, por ende, una sentencia más justa, sino también para no lesionar el derecho a defensa al impedirse la renovación probatoria cuando la práctica de la misma se ha imposibilitado por causas ajenas a las partes"²¹⁵

Obviando la argumentación en base a la protección del derecho a defensa en estas circunstancias, el cual no necesariamente exige la otorgación de facultades probatorias de oficio, pudiendo consagrarse normas que cumplan la misma función, pero a instancia de parte. Nos queda la argumentación en base a la realización de la mayor justicia de la decisión. Lo anterior supone una aproximación por parte del autor muy distinta a la con la que nosotros nos planteamos al inicio de este capítulo.

Recordará el autor que nosotros definimos los parámetros de la investigación desarrollada en este capítulo, como la búsqueda de las formas y circunstancias específicas en que la prueba de oficio es y en cuales no, compatible con la plena vigencia del derecho a ser juzgado por un tribunal imparcial²¹⁶. Por el contrario, aquí Iván Hunter Ampuero, abre la discusión hacia otro terreno, en que la aproximación de la decisión final a la verdad empírica es elevada a un fin tan deseable y de igual jerarquía al menos que la imparcialidad del juzgador, lo que queda de manifiesto en su ejercicio de ponderación de ambos fines, optando por privilegiar la justicia en la decisión, por sobre la justicia de la decisión procedimentalmente hablando²¹⁷ en estas circunstancias que él llama *in extremis*.

Esta postura es muy diversa a la sostenida por ejemplo por el autor y exponente español de la corriente publicista, Joan Picó I Junoy, quien nos comenta: " El garantismo exacerbado puede originar la ineficacia del proceso, y la eficacia extrema puede propiciar la vulneración de

²¹⁵ Ibid. Cit pp 586-587.

²¹⁶ Revítese página 54 de la presente memoria y nota al pie n° 167.

²¹⁷

las garantías básicas de la actividad del juez –con su deber de imparcialidad- y de las partes –con sus derechos a la defensa-. Por ello, el debate garantismo-eficacia no debe plantearse en términos de prevalencia de uno sobre otro, sino de compatibilidad, esto es, debe buscarse la máxima eficacia del proceso respetando las garantías procesales del juez y de las partes. [...] En definitiva, entiendo que en el debate procesal lo verdaderamente relevante no es tanto buscar el origen histórico de una determinada institución, o más concretamente, el régimen político en el que ha surgido, sino analizar si dicha institución es o no válida para lograr la mejor justicia sin sacrificar ninguna garantía procesal".²¹⁸

Este radical matiz que introduce Iván Hunter Ampuero, al abrir la puerta a la ponderación de la verdad con la imparcialidad como bienes o fines del proceso, modifica totalmente los términos de la discusión y en mi opinión hace bastante difícil cualquier tipo de futura conversación, discusión y eventualmente encuentro provechoso entre ambos bandos de la disputa doctrinal.

Si bien estamos como siempre abiertos a ser convencidos, consideramos que la carga de argumentativa respecto a sostener que la máxima correspondencia de la decisión final de un proceso con los hechos es un fin o bien, de al menos la misma importancia y jerarquía constitucional y supranacionalmente hablando que el derecho a un juez imparcial; cuestión que está lejos en nuestra opinión de ser un consenso afianzado en el estado actual de la discusión; y por lo tanto recae en nuestros detractores. Quienes por lo demás, adicionalmente deberán justificar por qué es razonable, necesaria y conveniente la prevalencia de dicho fin por sobre la protección a la imparcialidad del juzgador.

A continuación, en el siguiente acápite nos ahondaremos en la circunstancia anómala y específica que inspiró esta investigación, la dictación de medidas para mejor resolver con posterioridad a la adopción del acuerdo de la decisión final en tribunales colegiados. Esperamos que, con cargo a todo el pormenorizado desarrollo realizado hasta aquí, la forma particular en que se exacerba la afectación de la imparcialidad en estas condiciones y como bajo estas circunstancias incluso la lógica detrás de los argumentos *in extremis* postulada por el profesor

²¹⁸ I Junoy. Joan Picó. "El Derecho Procesal entre el Garantismo y la Eficacia: Un Debate Mal Planteado". Derecho y Sociedad n°38. Asociación Civil. pp 274-275.

Iván Hunter Ampuero, carecen de toda validez en esta especial circunstancia; se desprendan para el lector sin mucha dificultad.

c) Las medidas para mejor resolver y su afectación exacerbada a la imparcialidad del juzgador cuando se decretan con posterioridad a la adopción del acuerdo de la decisión final en tribunales colegiados.

Estas particulares condiciones de análisis si bien anómalas, han ocurrido en la práctica forense de nuestros tribunales, como se explicará en detalle en el capítulo final de la presente memoria en que se analizará con ojo crítico la causa Rol: R-25-2021²¹⁹ caratulada “Inversiones F.K Limitada con Fisco de Chile - Ministerio del Medio Ambiente” en que precisamente se dictó una medida para mejor resolver con posterioridad a la adopción del acuerdo del fallo por parte del 3º Tribunal Ambiental de Chile con asiento en la ciudad de Valdivia. A su vez analizaremos en la causa Rol: 10964-2022²²⁰ caratulada " Inversiones F.K Limitada con Tercer Tribunal Ambiental De Valdivia ante la Excelentísima Corte Suprema en que se resolvió un recurso de queja fundado en parte en un capítulo que versa sobre la improcedencia de la dictación de estas medidas para mejor resolver con posterioridad a la adopción de acuerdo del fallo.

En ese capítulo entraremos a ver que argumentos fueron esgrimidos por los quejosos y como fueron analizados estos por nuestro máximo tribunal. Por ahora, explicaremos sucintamente la especial afectación que a la imparcialidad del juzgador que la dictación de estas medidas probatorias *ex officio* supone.

²¹⁹ INVERSIONES F.K LIMITADA CON FISCO DE CHILE - MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE: 21-10-2021 (Reclamación. Rol: 25-2021 ante el Tercer Tribunal Ambiental de Chile. Disponible en: <https://causas.3ta.cl/>)

²²⁰ INVERSIONES FK LIMITADA (TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL DE VALDIVIA): 05-01-2023 ((CIVIL) QUEJA), Rol N° 10964-2022. En Buscador Jurisprudencial de la Corte Suprema (<https://juris.pjud.cl/busqueda/u?b2sq3>). Fecha de consulta: 31-01-2023

Lo primero que diremos es que no hay riesgo de afectación por prejuizamiento por la paradójica circunstancia de que la decisión de fondo ya ha sido adoptada de manera previa²²¹ a la dictación de la medida. En segundo lugar diremos que el riesgo que se exacerbar es precisamente el que la motivación detrás de la dictación de la medida sea razonablemente interpretada por las partes y por la comunidad como diversa a la única motivación admisible para que el juzgador decrete una medida para mejor resolver, la búsqueda de un mejor acierto en el fallo, entendido esto como la búsqueda de mayores antecedentes probatorios que le permitan decidir el conflicto mediante una decisión que se corresponda en su vertiente fáctica lo más posible a la realidad empírica.

En este escenario post adopción del acuerdo del fallo, no existe posibilidad alguna de que la motivación detrás de la dictación de la medida por el tribunal sea simplemente la recta aplicación del derecho, por cuanto la decisión ya ha sido adoptada no parece haber un motivo legítimo para la dictación de una medida que busca precisamente disminuir las chances de error de dicha decisión aumentando los elementos de juicio para tomarla.

En este escenario la ausencia total de un móvil legítimo que se le pudiera imputar a la actuación del tribunal, realza, y deja en evidencia, sin hipótesis alguna para rebatirla, tesis alternativas que explican la decisión de dictar la medida, como es el perjudicar a la parte que no haya vencido el pleito. Cual parte en específico, nos es imposible saber, producto del secreto²²² que rigen en materia de acuerdos de los tribunales colegiados.²²³

²²¹ Hay que recordar que según el artículo 85 inciso primero del Código Orgánico de Tribunales, los acuerdos de los fallos de los tribunales colegiados se encuentran acordados cuando existe mayoría legal de votos conformes respecto de la parte resolutive de la decisión y de al menos un fundamento de hecho y de derecho en pro de la misma. Desde ese momento el contenido de la decisión se encuentra fijo y es inmodificable por el ministro redactor quien debe en su labor ceñirse estrictamente al contenido del acuerdo adoptado por la mayoría, según lo dispone el inciso segundo del mismo artículo.

²²² Artículo 81 del Código Orgánico de Tribunales.

²²³ Aguiló. Regla. Josep. (2009) "*Imparcialidad y Concepciones del Derecho*" REVISTA JURÍDICAS ISSN 1794-2918 Vol. 6 No. 2. julio - diciembre de 2009 Manizales - Colombia. pp 30-32. : " La decisión, al contar con una explicación verosímil distinta del simple cumplimiento del deber por parte del juez, podría perder su autoridad. Este aspecto de actuar en defensa de la credibilidad de las razones y las decisiones judiciales no es marginal ni meramente secundario, es consustancial a la abstención y a la recusación. Y ello es así porque nada hay más distorsionador para el buen funcionamiento del Estado de Derecho que el que las decisiones judiciales se interpreten (o puedan ser interpretadas) como motivadas por razones extrañas al Derecho; y que las argumentaciones que tratan de justificarlas se vean como meras racionalizaciones".

Por lo demás, el uso de la facultad discrecional que la ley otorga al tribunal, deviene en total e irremediamente en arbitrario en nuestra opinión, cuando se emplea en estas circunstancias en que es imposible identificar la relación medio a fin que la dictación de la medida debe satisfacer. Por cuando la otorgación por parte del legislador de facultades más o menos discrecionales como lo son las medidas para mejor resolver se justifica en el empleo de las mismas de manera racional, es decir en pro de la consecución del fin cuya satisfacción o maximización el legislador buscaba alcanzar con el otorgamiento de la potestad al tribunal; lo que se vuelve imposible en estas circunstancias en que el fin querido por el legislador ya ha sido obtenido.

Por último destacamos que incluso debatiendo bajo la lógica postulada por " Iván Hunter Ampuero" respecto a que cabrían circunstancias especiales que habilitarían a la ponderación de los fines de obtención de una decisión más ajustada a la realidad empírica y el derecho a un juez imparcial y que dicha ponderación puede ceder en favor de la primera.

Tales argumentos se vuelven simplemente insostenibles incluso en sus propios términos ante situaciones tan anómalas como esta, ya que es imposible perfeccionar una obra terminada, y estando la decisión sobre el conflicto adoptada e irremediamente fija en su contenido, por cuanto ni el ministro redactor puede extraviarse de su contenido, debiendo ceñirse estrictamente al mismo, y comprendiendo el acuerdo tanto la fundamentación relativa a la *quaestio facti* como a la *quaestio iuris*, además de la parte resolutive de la misma ninguno de estos puntos es ahora modificable, la valoración y aplicación del estándar ya ha ocurrido de manera final e irreversible, ni siquiera la muerte de algunos de los autores de la decisión puede afectar ya el contenido de la misma.²²⁴

En este sentido no existiría ningún motivo para dictar la medida para mejor resolver basado en un opción por privilegiar la satisfacción de un bien por sobre el otro. El tribunal que dicta una medida para mejor resolver en esta etapa procesal, sacrifica su propia imparcialidad a cambio de nada, por cuanto toda prueba decretada y producida con posterioridad a la adopción

²²⁴ Revítese los artículos 75 y siguientes del Código Orgánico de Tribunales, el hecho de que las normas en comento solo regulen cómo proceder en caso de que con posterioridad a la vista de la causa, pero con anterioridad a la adopción del acuerdo falleciera, fuere destituido o suspendido uno de los ministros que concurrieron a la vista, demuestra claramente que en los ojos del legislador, adoptado el acuerdo la decisión ya está tomada, siéndole irrelevante cualquier fallecimiento, destitución o suspensión de funciones de los ministros que ocurra con posterioridad al mismo.

de la decisión es por definición un elemento de juicio innecesario, por cuanto la decisión ya fue adoptada sin que fuera menester tenerlo en consideración.

En sencillo, no es posible relacionamente dictar una medida para mejor resolver si ya se ha resuelto, mucho menos si dicha conducta conlleva a su vez una afectación gravísima a la garantía de imparcialidad del juzgador entendida en su sentido objetivo y abstracto.

d) Síntesis de lo tratado hasta ahora

De todo lo abordado en este capítulo, podemos sintetizar nuestra opinión de la siguiente manera: otorgar poderes probatorios al juzgador nos parece una posibilidad legislativa adecuada, solo si estos pueden emplearse en el momento procesal inicial previo a la producción de cualquier tipo de prueba por las partes, ya que es la única opción legislativa que nos parece a priori adecuada, útil y potencialmente compatible con el derecho a un juez imparcial.

La mejor o más perfecta forma de su disposición legal en nuestra opinión, debería apuntar a establecer legislativamente y con precisión el momento exacto en que el juzgador queda habilitado para emplear esta facultad, usualmente al fin de las audiencias preliminares con posterioridad a los escritos principales de las partes y a su ofrecimiento de pruebas, pero previamente en todo caso a la producción de está siguiendo la propuesta de Iván Hunter Ampuero²²⁵, a efectos de que el móvil o fundamento para decretar sea el criterio objetivo de plenitud en el material probatorio.

Además, debería dejar expresamente dispuesto que el juzgador no podrá a propósito del uso de esta facultad introducir fuentes de prueba al proceso, que no hayan sido introducidas por las partes mediante sus alegaciones previamente²²⁶ y que la prueba decretada sólo podrá tener como objeto confirmar las alegaciones fácticas controvertidas por las partes, no pudiendo recaer sobre enunciados sobre los hechos que ellas no hayan introducido al proceso, o que sean parte de una convención probatoria entre las partes o que hayan sido aceptados por ambos litigantes

²²⁵ Ibid. Cit pp 587-588.

²²⁶ Ibid. 588-592.

en sus escritos, al menos que lo anterior afecte un interés público comprometido en los procesos en que existe uno^{227 228} .

Además, debería expresamente disponerse en nuestra opinión la obligatoriedad del juzgador de decretar la prueba de oficio mediante resolución fundada y motivada junto a la posibilidad de recurrir contra la misma²²⁹ cuando esta se dicta en un momento procesal distinto al dispuesto por el legislador, respecto a fuentes no introducidas por las partes y que el juzgador por lo tanto conoce en atención a su conocimiento privado, o respecto a alegaciones fácticas no controvertidas por las partes, o por motivos distintos a la plenitud del material probatorio como sería por ejemplo ayudar a la parte económicamente más desvalida a probar sus alegaciones etc..., actitudes que claramente comprometerían la imparcialidad del juzgador sacrificándola en el altar de la búsqueda de la verdad o de la justicia social.

Junto a lo anterior, la posibilidad de las partes de observar la prueba judicialmente producida y de producir a su vez contra prueba y de discutir previamente la pertinencia de su dictación, sometiendo la prueba judicial a las exigencias del derecho a defensa nos parece también un imperativo para la coexistencia armónica de la prueba de oficio no precisamente con la plena vigencia del derecho a un tribunal imparcial, pero sí con el derecho a la prueba y a la bilateralidad de la audiencia que integra igualmente contenido del debido proceso^{230 231} .

²²⁷ En este sentido se pronuncia Piedrabuena Richard, Guillermo. (1960). *"Las medidas para mejor resolver como institución común a todo procedimiento civil"*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago. pp 64-65.

²²⁸ En el mismo sentido Tavolari Oliveros. Raúl. (1994). "Tribunales, Jurisdicción y Proceso". Primera Parte. Capítulo I (Diligencias para mejor proveer antiguos y nuevos problemas) Editorial Jurídica de Chile, Santiago. Disponible en <http://bibliografias.uchile.cl/4743> pp 32-34

²²⁹ Véase Almudena Angulo. Teresa. (2015) "Las diligencias finales y la iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil" Memoria para optar al grado de doctor por la Universidad Complutense de Madrid. En biblioteca. Facultad de Derecho. Madrid. pp 311-315.

²³⁰ Hunter. Iván. Ampuero (2020) Op Cit 594-595.

²³¹ Varias de estas prescripciones son postuladas como límites necesarios a la facultad probatoria de los tribunales por I Junoy. Joan Picó. "El Derecho Procesal entre el Garantismo y la Eficacia: Un Debate Mal Planteado". Derecho y Sociedad nº38. Asociación Civil. p 278. quien señala: "Así, entiendo que al juez se le puede atribuir iniciativa probatoria siempre que se limite a los hechos discutidos en el proceso -por lo que se protege el principio dispositivo-, a las fuentes probatorias que ya consten en la causa -impidiendo así una actuación inquisitoria, susceptible de vulnerar la debida imparcialidad judicial-, y se permita el ejercer el derecho de defensa a los litigantes, ampliando sus pruebas inicialmente propuestas. Con estos tres límites se evita la figura del juez autoritario o fascista".

Por último, la consagración de la prueba de oficio, como una facultad que el juez solo puede emplear para efectos de complementar la prueba ofrecida por las partes y no como un deber, también se alza como una exigencia en nuestra opinión necesaria para la preservación de la autorresponsabilidad probatoria y la imparcialidad del juzgador²³².

Esta forma ideal de regular la prueba de oficio, como se ve dista muchísimos de las problemáticas medidas para mejor resolver, providencias que de *lege lata* no requieren fundamentación alguna, son en principio inapelables por regla general y en todo caso en los contados casos en que lo son, la ausencia de motivación de las misma vuelve casi imposible fundamentar el recurso de manera correcta para el litigante agraviado, pueden dictarse en un momento procesal que pone en riesgo de prejuzgamiento al tribunal y en una posición en que su móvil para decretar la medida probatoria pueda ser verosímilmente cuestionado por parcial.

A su vez, como explicamos en detalle, algunas de las circunstancias de riesgo para la imparcialidad que las medidas para mejor resolver tienen de base, se ven exacerbadas cuando su dictación ocurre de manera anómala con posterioridad a la adopción del acuerdo respecto de la decisión sobre el fondo del litigio.

Para concluir este apartado, podemos reseñar que nuestra posición respecto al debate nacional contemporáneo en torno a la prueba de oficio siguiendo en lo grueso a el profesor Iván Hunter Ampuero²³³, nos sitúa equidistantes, tanto de los pareceres de aquellos autores

**Nuestra mayor diferencia con la visión de este respetadísimo y prolifero autor español, es que mientras que el cree que estas limitaciones hacen viables la prueba de oficio y su compatibilidad con la vigencia del derecho a un tribunal imparcial, nuestra opinión es mucho más restrictiva y sol admite lo anterior respecto a la prueba de oficio que se decreta con anterioridad a cualquier producción y valoración de los medios de prueba; por el contrario, en la situación de la dictación de una medida para mejor resolver, sustentamos que incluso con estas sanas y bien pensadas limitaciones al ejercicio de dicha facultad, la garantía a ser juzgado por un tribunal imparcial, se ve de todos modos afectada.

²³² Hunter. Iván. Ampuero (2020) Op Cit pp 593-595.

²³³ Hunter. Iván. Ampuero (2020) Op Cit pp 571 y 585..

publicistas como "Raúl Tavolari"²³⁴, "Diego Gaete"²³⁵ y "Andrés Bordali"²³⁶ que consideran que la actividad de decretar prueba de oficio nunca afecta *per se* la garantía de imparcialidad del juzgador, y la de autores garantistas como Hugo Botto Oakley²³⁷, Diego Palomo Vélez²³⁸ y Claudio Palavecino²³⁹ que consideran que es siempre incompatible con el derecho a un juez imparcial cualquier concesión de poderes probatorios al juzgador.

²³⁴ Tavolari Oliveros. Raúl. (1994). "Tribunales, Jurisdicción y Proceso". Primera Parte. Capítulo I (Diligencias para mejor proveer antiguos y nuevos problemas) Editorial Jurídica de Chile, Santiago. Disponible en <http://bibliografias.uchile.cl/4743> p 30: " En otros términos, el juez que asume iniciativa probatoria que inevitablemente redundará en beneficio de una parte y en perjuicio de la otra, soló satisface las funciones de la jurisdicción, y, así, no sólo no pone en peligro su imparcialidad, sino que, alcanzando los logros jurisdiccionales, la reafirma y confirma."

²³⁵ Osorio. Gaete. Diego. (2022). "*Las Facultades de Oficio del Juez: Una alternativa para superar los tiempos de crisis de la justicia civil*" en *Principios de Justicia Civil dirigido por Jesús Ezurmendia Álvarez*. España: Bosch Editor.

²³⁶ Bordali Salamanca, 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 [online]. 2009, n.33 [citado 2022-11-14], pp.263-302. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512009000200007&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-6851. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512009000200007>. pp 284-285.: " En primer lugar quiero recalcar que si la imparcialidad consiste, desde una perspectiva estrictamente subjetiva, en una equidistancia de los jueces respecto de las partes o un desinterés en relación con el objeto litigioso, por lo que los jueces sólo deben fallar según lo que prescriba la ley sin tomar en consideración otros intereses, es difícil comprender cómo esta doctrina llega a la conclusión que el juez que de oficio decreta pruebas en el proceso se torna parcial puesto que ese juez no tiene cómo saber *a priori* si el resultado de la prueba beneficiará a una u otra parte. Un juez que participa del probatorio proponiendo o decretando pruebas no se pone del lado de ninguna de las partes del proceso ni toma interés en el objeto litigioso. Cosa distinta es que del resultado de la prueba se vea beneficiado el demandante o el demandado, pero ello no obedece a la parcialidad del juez sino al poder intrínseco del medio probatorio para descubrir la verdad".

²³⁷ Botto Oakley. Hugo. (2001)"La inconstitucionalidad de las medidas para mejor resolver", Fallos del Mes, Santiago. p 71 y 78. : " En palabras muy simples al juez no le corresponde nunca probar, solo le corresponde procesar y sentenciar". [...] "De otra parte y en todo caso, fácil resulta comprender que la actividad probatoria del juez aunque se realice con la mejor de las intenciones, cuestión que ni siquiera es motivo de duda y análisis-siempre importará, por las razones ya expuestas antecedermente, afectar el principio de imparcialidad del juez [...]"

²³⁸ Diego., Palomo. Vélez. (2010). "*Reforma Procesal Civil Oralidad Y Poderes Del Juez*". Santiago: Legal Publishing. p 344. : "Pues bien, es evidente que postular un considerable aumento de las atribuciones probatorias de los jueces, promoviendo la existencia de un modelo de juez sustentado en el activismo, asignándole, aunque los poderes digan sólo relación con los hechos discutidos e introducidos por las partes, la debida imparcialidad del juzgador, la debida imparcialidad del juzgador, pues al hacer uso de estos poderes podría decantarse a favor o en contra de una de las partes, favoreciendo a una en perjuicio de la otra, afectando la igualdad de las partes y el método acusatorio del debate."

²³⁹ Cáceres. Palavecino. Claudio. (2011) " El Retorno Del Inquisidor. Las Potestades Judiciales En Materia Probatoria En "El Procedimiento Laboral Chileno". Revista Latinoamericana de Derecho Social Núm. 13, julio-diciembre de 2011, pp. 132-133. : " Con todo, el sentido común indica que resultaría francamente impresentable, en cualquier proceso, ver al juez bajar de su estrado, tomar del brazo a uno de los abogados y escuchar que le susurra bondadosamente al oído: "estimado colega, olvidó usted pedir la documental, la cual es vital para el interés de su defendido en este caso. Mas no se inquiete, pues la pediré yo en su lugar". Como quiera que se mire, esto es exactamente lo que ocurre cada vez que el juez llamado a dirimir un conflicto entre privados desarrolla actividad probatoria."

Esperamos, además, haber podido articular de manera novedosa la forma exacta en que la imparcialidad se pone en jaque cuando el juzgador decreta medidas para mejor resolver, y la particular forma en que este fenómeno se exagera bajo la anómala circunstancia de que estas se dicten con posterioridad a la adopción del fallo y las implicancias de lo anterior para la vigencia de algunos de los argumento en el debate doctrinal.

Por último y sólo a mayor abundamiento, en caso de que incluso a estas alturas del trabajo, algún lector siguiera sin adivinar nuestra postura de *lege ferenda* para el futuro de la prueba de oficio en Chile, diremos; y por supuesto siempre abierto a cambiar de opinión en la presencia de argumentos que obliguen; que por el momento abogaríamos por la derogación de las medidas para mejor resolver como las conocemos²⁴⁰ de manera transversal en todo nuestro ordenamiento y que por el contrario se enfoquen los esfuerzo, académicos y legislativos en perfeccionar las facultades probatorias de oficio otorgadas a los tribunales para su uso en un momento procesal previo a la producción y valoración de prueba, buscando afinar y plasmar los límites que hacen compatible ese tipo de poder oficioso con importantes bienes y garantías para los justiciables como son el derecho a defensa y especialmente el derecho a un tribunal imparcial.

Dicho lo anterior, en el siguiente capítulo, analizaremos las normas que rigen los acuerdos de los tribunales colegiados. Recapitulando brevemente su historia, desde sus primeras manifestaciones en nuestro ordenamiento jurídico, hasta su configuración y ubicación actual en el mismo; para luego explicar cómo la dictación de una medida para mejor resolver y la valoración de dicha prueba de oficio, vulneran el principio constitucional de legalidad y juridicidad en la actuación de los órganos del estado al conllevar una vulneración de la forma legalmente prescrita para que los tribunales adopten sus decisiones jurisdiccionales.

²⁴⁰ Puntualizó como las conocemos, porque su transformación hacia instituciones como las diligencias finales en la nueva Ley de enjuiciamiento Civil Española de 2001, artículo 435, con la excepción de la hipótesis de su inciso segundo, nos parece adecuada, ya que se suprime totalmente la iniciativa a *a mottu proprio* del tribunal para dictar estas medidas probatorias, las cuales quedan por regla generalísima disponibles sólo a instancia de parte. En el mismo sentido estaríamos llanos a una propuesta de rediseño de las medidas para mejor resolver como la planteada por Palomo. Vélez. Diego. 2010. "Reforma Procesal Civil Oralidad Y Poderes Del Juez" Legal Publishing. Santiago. pp 363-366 p

TRIBUNALES COLEGIADOS Y SUS ACUERDOS

CAPÍTULO IV: Concepto e Historia En Chile Del Artículo 83 Del Código Orgánico De Tribunales y una visión de Las Normas Que Rigen Los Acuerdos De Los Tribunales Colegiados desde el artículo 7 de la Constitución Política de la República.

Concepto E Historia En Chile Del Artículo 83 Del Código Orgánico De Tribunales

Muy brevemente, y para efectos de que el lector pueda comprender a cabalidad el siguiente capítulo en el que se analizan las posibles buenas razones detrás de las normas que establecen órganos jurisdiccionales colegiados y la fisonomía de las normas que regulan sus procedimientos de construcción de decisiones. Presentamos al lector con una brevísima noticia histórica del artículo 83 del Código Orgánico de Tribunales²⁴¹ que es la norma fundamental de aquellas que rigen los acuerdos de los tribunales colegiados por que establece un sistema particular de deliberación y votación para adoptar el acuerdo, que implica analizar punto por punto las cuestiones de hecho y de derecho de manera separada y utilizando los acuerdos parciales para la deliberación y adopción de los posteriores.

Respecto de la historia de la norma que actualmente se aloja en artículo 83 del Código Orgánico de Tribunales, podemos mencionar que antes de la dictación de la ley n° 7.421 ella se encontraba alojada en el artículo 186 de la versión original del Código de Procedimiento Civil de 1903, por lo que era parte del título XVII sobre resoluciones judiciales, dentro del libro I sobre disposiciones comunes a todo procedimiento. Dicha disposición del código de Procedimiento Civil primitivamente promulgado, tiene a su vez su antecedente histórico en el artículo 181 del Proyecto de Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales redactado por Francisco Vargas Fontecilla en 1864²⁴², pero no fue recogida dentro de la versión definitiva de la Ley de Organización y atribuciones de los Tribunales de 1875, sino que como mencionamos terminó

²⁴¹ Biblioteca del Congreso Nacional. Ley Chile. Código Orgánico de Tribunales. disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=25563>

²⁴² Vargas Fontecilla, Francisco. (1864) "Proyecto de ley de organización i atribuciones de los tribunales". Santiago de Chile: Imprenta Nacional.

siendo reutilizada por los codificadores en la versión definitiva del Código de Procedimiento Civil.

Por último, podemos mencionar que el antecedente más remoto de la norma proviene del artículo 1 de la Ley Interpretativa de fecha 12.09.1851 que buscaba esclarecer el sentido de la mal llamada Ley Mariana ²⁴³sobre la fundamentación de la sentencia de 2.02.1837.

Respecto a la adopción de este criterio el autor Hugo Espíndola Hanisch nos comenta:

" Esta solución planteada en la ley que se comenta proviene de la observación que hacía Bello transcribiendo las ideas de Baron sobre los graves abusos que pueden cometerse en la dictación de la sentencia y que expresa así: " Estriba este abuso en someter a la deliberación de los jueces una cuestión compleja, que abraza las cuestiones de hecho y derecho que se han suscitado en el juicio, en vez de hacerles deliberar distinta y separadamente sobre cada una de ellas. Este modo de votar más expedito y breve, puede producir una falsa mayoría y hacer que la sentencia se pronuncie a minoridad de votos, sin que los jueces lo echen de ver.

En resumen esta ley de 12 de septiembre de 1851, vino a mejorar el sistema de la fundamentación de las sentencias, tomando en cuenta las opiniones de autores franceses que A. Bello presentó en sus artículos. El sistema establecido por la ley de 1851 sobre las sentencias estuvo en vigencia hasta la dictación del Código de Procedimiento Civil en el cual se incorporaron las experiencias y los principios que están involucrados en esta ley.¹²⁴⁴

Una visión de Las Normas Que Rigen Los Acuerdos De Los Tribunales Colegiados desde el artículo 7 de la Constitución Política de la República.

Teniendo el anterior fundamento histórico de la importancia de esta opción legislativa y su función desde sus orígenes históricos como verdadera infraestructura normativa sobre la que

²⁴³ Corresponía a un Decreto Ley.

²⁴⁴ Hanisch, Espíndola. Hugo. " Contribución al estudio del principio y de la práctica de la fundamentación de las sentencias en Chile durante el siglo XIX" Universidad de Chile. Disponible en: [http://www.rehj.cl/rehj/article/viewFile pp 153-156.](http://www.rehj.cl/rehj/article/viewFile/pp153-156)

es posible desplegar la fundamentación de la sentencia en tribunales colegiados; invitamos al lector a mirar el desempeño de la función jurisdiccional en tribunales colegiados desde la óptica del principio de legalidad/ juridicidad que consagra el inciso primero del artículo 7 de nuestra Constitución Política de la República.²⁴⁵ Bajo esta óptica, el sometimiento del órgano jurisdiccional a las norma legales que rigen el procedimiento de formación de sus acuerdos como el artículo 83 del Código Orgánico de Tribunales, se vuelve un requisito de la validez de la actuación del organismo so pena de nulidad de dichas actuaciones.

En este sentido se pronuncia el profesor Francisco Alberto Ruay Sáez: "Conforme a la Constitución Política vigente en nuestro país, todos los órganos del Estado se encuentran sujetos al principio de juridicidad, y por lo tanto han de respetar, para que sus actuaciones sean consideradas válidas, la habilitación legal previa, el criterio de vinculación positiva, y la primacía de la persona humana. Como la Constitución no distingue, y como se desprende de su espíritu, dentro de aquellos órganos se ha de considerar al Poder Judicial, y en general, a todo órgano que realice dinámicamente la función jurisdiccional del Estado. (...)

(...) Es posible concluir entonces que los tribunales de justicia se encuentran sujetos al principio de juridicidad, y por tanto, al principio de legalidad, en el desarrollo de toda la actividad jurisdiccional. Esto es, tanto en el desarrollo dinámico del proceso, como en la resolución final del conflicto. Por lo mismo, no es posible configurar o atribuir potestades innominadas o implícitas a los tribunales de justicia".²⁴⁶

Así las cosas, la incorporación de prueba a la decisión judicial de manera posterior a la adopción del acuerdo priva respecto de la valoración y decisión de ese elemento de juicio de la aplicación del delicado procedimiento legalmente establecido por el artículo 83 del COT para el desempeño de la función jurisdiccional en tribunales colegiados lo que podría constituir una infracción al principio constitucional de legalidad/ juridicidad consagrado en el artículo 7 inciso primero de nuestra Constitución Política de la República. A su vez, realizar un segundo

²⁴⁵ Biblioteca del Congreso Nacional. Ley Chile. Constitución Política de la Republica. disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=242302>.

²⁴⁶ Ruay Sáez. Francisco Alberto. (2013) " Sobre la sujeción de los tribunales de justicia al principio de juridicidad, y su relación con el garantismo procesal" *Revista Estudios Ius Novum*- Numero 6, octubre de 2013. pp 100-126.

procedimiento de adopción del acuerdo con posterioridad a la producción de prueba de oficio decretada como medida para mejor resolver con posterioridad a un primer acuerdo ya adoptado no solo sería ineficiente desde un punto de vista de economía procesal y de preclusión, sino que en cuanto dicha posibilidad de actuación no está contemplada por el legislador procesal, implicaría reconocerle a los tribunales potestades innominadas o implícitas.

Recordamos al lector que en el derecho público toda actuación que no está expresamente permitida por el legislador está prohibida y que el derecho procesal orgánico es considerado por la unanimidad de los autores como una rama del derecho perteneciente al derecho público. En ese sentido consúltese la obra de Eric Andrés Chávez Chávez. "Derecho Procesal Orgánico y Funcional" quien explicando dicho principio nos comenta: "Los tribunales deben actuar dentro del marco que la ley les señala y deben fallar los conflictos dándole a ella la correspondiente aplicación. Es decir, tanto en la tramitación de los procesos como en la dictación de los fallos deben observar rigurosamente la ley".²⁴⁷

En el mismo sentido Máximo Pacheco Gómez y Álvaro Fuentealba Hernández: " El principio de la legalidad consiste en que los jueces deben, en la tramitación de los proceso y en la dictación de los fallo, proceder con sujeción a las leyes."²⁴⁸

Las anteriores hipótesis como se ve, todas conllevan como resultado la vulneración de lo que correctamente valoradas, son normas legales/procedimentales para el ejercicio de la potestad pública que denominamos jurisdicción de la mayor importancia por parte del tribunal, lo que abre la puerta en nuestra opinión para que en principio frente a dicha vulneración los litigantes agraviados interpongan una plétora de acciones y recurso tan variados como el

²⁴⁷ Chávez Chávez. Eric Andrés. (2021) "Derecho Procesal Orgánico y Funcional" Tofulex Ediciones Jurídicas. Octava Edición. p70.

²⁴⁸ En igual sentido ver Pacheco Gómez. Máximo y Fuentealba Hernández. Álvaro. (2021) "Teoría del Derecho " Ediciones Jurídicas de Santiago. Sexta Edición Actualizada. pp 299.

recursos de casación en la forma²⁴⁹, la acción de nulidad de derecho público²⁵⁰, el recurso de queja²⁵¹, el incidente de nulidad procesal e incluso que se persiga la responsabilidad penal de los jueces responsables por prevaricación procedimental según lo dispuesto en el artículo 79 de la Constitución Política de la República y los artículos 224 N.º 2 y 225 nº2 del Código Penal.

Dejando de lado la persecución de la responsabilidad penal de los jueces por no ser una herramienta idónea para reparar el agravio del litigantes y la acción de nulidad de derecho público por motivos de especialidad (véase nota al pie N.º 251); las herramienta más idónea para un litigante agraviado por la dictación de una medida para mejor resolver decretada y llevada a cabo con posterior a la adopción del acuerdo del fallo parecen ser el incidente de nulidad procesal, el recurso de queja y el recurso de casación en la forma.

Del primero no tenemos conocimiento de que exista jurisprudencia o doctrina respecto a su aplicación a estos casos, pero del tenor del artículo 83 del Código de Procedimiento Civil nos parece del todo aplicable a una situación como esta. Respecto del recurso de queja, existe un reciente antecedente jurisprudencial en la materia que analizaremos críticamente al final de esta memoria (véase nota al pie N.º 252). Así las cosas, nos detendremos ahora brevemente y antes de terminar este capítulo en el recurso de casación en la forma.

Siguiendo la construcción dogmática de Ricardo Piedrabuena Richard, sería posible impugnar la sentencia definitiva dictada en mérito de una medida para mejor resolver ilegalmente decretada mediante el recurso de casación en la forma, bajo la causal 9ª del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil en relación al artículo 159 del mismo cuerpo legal y los sendos artículo 10 tanto del Código Orgánico de Tribunales como del Código Civil.

249

²⁵⁰ En contra de la posibilidad de impugnar resoluciones de organismos jurisdiccionales mediante la acción de nulidad de derecho público (Jorge. (1999).) p283. : "El alcance del artículo 7 CPR, es mucho más amplio que el de la actuación administrativa, pudiendo alcázar incluso el actuar del poder judicial y del legislativo, e incluso de sujeto privados (al tenor del inc. 2º artículo 7 CPR). Evidentemente, la nulidad propia del Derecho Administrativo se refiere solo al actuar jurídico de la Administración (ni siquiera su actuación material). La ilegalidad del actuar jurídico de otros órganos del estado se rige por sus propias sanciones, por ejemplo, la nulidad procesal y casación respecto de los actos judiciales. "

²⁵¹ Al final de la presente memoria analizaremos en detalle un extremadamente reciente recurso de queja sobre la materia, probablemente el primero a la fecha de elaboración de esta memoria que esperamos pueda ilustrar al lector en base a experiencia concreta y real la forma en que se pueden llegar a materializar este tipo de vulneraciones al principio de legalidad por parte de los tribunales en el ejercicio de sus facultades probatorias de oficio. - Ver capítulo VI de la presente memoria.

Según Piedrabuena: " (...)debe tenerse presente que, solo estando el proceso en estado de sentencia, puede el juez actuar de oficio, dictando las medidas del artículo 159. Según el art. 10 del C.O.T, está prohibido a los jueces actuar de oficio, salvo los casos en que la ley permite proceder de esa manera, y de acuerdo con el art. 10 del C.C, los actos que la ley prohíbe, son nulos. Por tanto, si el juez dicta medidas no estando el proceso en estado de sentencia, incurre en el vicio del art. 768 n°9, en la parte que dice: "en haberse faltado a cualquier otro requisito por cuyos defectos las leyes prevengan expresamente que hay nulidad" ".²⁵²

Tomando prestado esta ingeniosa interpretación de la normativa, y agregándole la postura que hemos desarrollado en este trabajo, creemos que es posible sostener que la única interpretación armónica entre las normas que rigen los acuerdos de los tribunales colegiados y las normas que otorgan a los tribunales la facultad de dictar medidas para mejor resolver después de la vista de la causa, implica que la oportunidad procesal para que el tribunal colegiado decrete este tipo de prueba de oficio, precluye una vez adoptado el acuerdo, por lo que cualquier dictación posterior de las mismas habilitaría al litigante agraviado a impugnar mediante un recurso de casación en la forma la sentencia definitiva dictada en el mérito de la prueba producida por dicha medida para mejor resolver, bajo el esquema presentado por Piedrabuena.²⁵³

Con esto damos por cerrada esta pequeña reflexión sobre las posibles vulneraciones al principio de legalidad que podrían presentarse en el fenómeno objeto de este trabajo.

²⁵² Consultar a Piedrabuena Richard, Guillermo. (1960). *"Las medidas para mejor resolver como institución común a todo procedimiento civil"*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago. pp 127.

²⁵³

CAPÍTULO V

POR QUÉ TRES CABEZAS SON MEJOR QUE UNA Y CINCO MEJOR QUE TRES²⁵⁴

En capítulos anteriores, ya hemos abordado porque la introducción de material probatorio posterior a la adopción del acuerdo, vía la dictación y práctica de medidas para mejor resolver, es problemático tanto desde el punto de vista de la afectación a la garantía a un juez imparcial y desde la perspectiva de la legalidad de la actuación del órgano jurisdiccional colegiado, y en su oportunidad dijimos al respecto qué tal forma de proceder, afecta de manera especialmente intensa la garantía constitucional a ser juzgado por un juez imparcial y el delicado proceso, pormenorizadamente reglamentado por el legislador, para la formación de resoluciones en este tipo de tribunales, es decir las normas que rigen sus acuerdos²⁵⁵.

En el presente capítulo abordaremos el problema desde otro punto de vista, investigando sobre las posibles virtudes que puede tener la colegialidad versus la unipersonalidad en la estructura orgánica de nuestros tribunales, buscando las razones que llevan al legislador a inclinarse en múltiples ocasiones por esta forma de configurar órganos jurisdiccionales y como el hecho de que el tribunal colegiado cumpla las normas que rigen la adopción de sus acuerdos, se vuelve condición necesario para que dichas virtudes realmente se produzcan.

Dicho lo anterior, en primer lugar, más allá de si la máxima o intuición, a mayor número de jueces mejor es la calidad de la decisión, es o no correcta, cuestión a la que nos abocaremos extensamente y con ahincó en este capítulo, creo que no es correcto plantarse frente a esta

²⁵⁴ El Título del presente capítulo es un guiño a una oración contenida en la página 96 del trabajo de Kornhauser, Lewis A., y Lawrence G. Sager. 1986. "Unpacking the Court". *The Yale law journal* 96 (1): 82. <https://doi.org/10.2307/796436>. El cual fue de gran ayuda para la elaboración de esta tesis y constituye un punto de partida ineludible a cualquiera que quiera investigar seriamente respecto al proceso de toma de decisiones grupales en el contexto de tribunales colegiados. El profesor de derecho de la Universidad de Nueva York y co-autor del trabajo referenciado en la nota al pie n° 1, Lewis Kornhauser, visito la facultad de derecho de la Universidad de Chile y dicto una charla magistral sobre análisis económico del derecho el 16 de abril de 2019 en el aula magna, véase <http://www.derecho.uchile.cl/noticias/152869/prof-kornhauser-comparte-con-estudiantes-y-academicos-de-u-de-chile>

²⁵⁵ Actualmente regulado en Párrafo 2° del Título V del Código Orgánico de Tribunales, pero primitivamente ubicadas en el Título XI del Libro I del Código de Procedimiento Civil por lo que son comunes a todo procedimiento.

interrogante como si ella se diera en un entorno vacío y estéril. Por el contrario, creo que debemos partir sincerando que por lo menos de manera intuitiva, tal afirmación se asume como correcta por los operadores del sistema y por el legislador, muy probablemente incluso por el lector de estas páginas, aunque sea sin mucha reflexión consciente al respecto y más bien de manera inconsciente.

La cantidad de ejemplos en apoyo de lo anterior son incontables, pero para ilustrar el punto presentamos dos elocuentes instancias, muy separadas en el tiempo, en que el legislador tuvo la oportunidad de expresar implícita y explícitamente su adhesión a esta tesis al aumentar el número de jueces que debían conocer de cierta materia. La primera de estas la encontramos en la ley N°1.555 publicada en el D.O.²⁵⁶ el 30 de agosto de 1902: "ART. 2. ° La Corte Suprema se compondrá de diez miembros i tendrá un solo fiscal. ART. 3.°_Para conocer en los recursos de casación en el fondo i de revisión, la Corte Suprema funcionará en un solo cuerpo con la concurrencia de siete jueces, por lo menos"²⁵⁷.

El precedente artículo aumentó el número de ministros de nuestro máximo tribunal de siete, composición que tenía según lo dispuesto en la norma del artículo 102 de la ley de organización y atribuciones de los tribunales publicada el 15. 10. 1875 , a diez. La idea inspiradora detrás de este aumento no puede ser otra en nuestra opinión, que la creencia del legislador de la época de que a mayor número de jueces, mejor es la calidad de la decisión. En el mismo sentido, puede verse que tal idea es plenamente compartida por los juristas del Chile de finales del siglo XIX y principios del siglo XX, como se aprecia del comentario que a dicha disposición hiciera el profesor de derecho procesal y ministro de la Corte Suprema, Carlos Risopatrón Escudero, que al respecto nos indica: " Este aumento de personal era exigido por la necesidad de proporcionar mayor caudal de luces al tribunal llamado a conocer de los recursos de casación en el fondo, que proceden a fijar, en cuanto es posible, la jurisprudencia de los tribunales."²⁵⁸

²⁵⁶ Diario Oficial.

²⁵⁷ Ley N° 1.555 de fecha 30.08.1902. Art 2. Documento Consultado el 14.07.2022. en la Biblioteca del Congreso Nacional: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=22740>

²⁵⁸ Risopatron, Carlos. 2019. "Estudios Sobre El Código de Procedimiento Civil de Chile (Classic Reprint) (Spanish Edition)". Londres, Inglaterra: Forgotten Books. p 807.

El segundo ejemplo que presentamos es mucho más actual y lo encontramos en el mensaje del proyecto de ley que el presidente Eduardo Frey Ruiz-Tagle envió a la Cámara de Diputados el 13. 06. 1995 y con el que se dio origen a La ley N° 19.696, es decir a el Código Procesal Penal: "Precisamente, con el fin de mantener el principio de la centralidad del juicio oral se propone que este sea conocido por un tribunal colegiado de tres miembros. Con ello, se obtiene que como regla general la sentencia sea objeto de una decisión colectiva, minimizándose la posibilidad de errores"²⁵⁹:

Los ya mencionados ejemplos, creo dan un buen panorama de cómo la intuición de que a mayor número de jueces más acertada es la sentencia, es antigua y está fuertemente arraigada y vigente en nuestra tradición y comunidad jurídica²⁶⁰. Sin embargo, no existe mejor y más evidente testimonio de lo anterior que la configuración misma de nuestros tribunales, y las valoraciones en favor de la colegialidad que la estructura recursiva de estos implica por parte del legislador.

Que los tribunales de letras sean unipersonales y que las Cortes de Apelaciones llamadas a revisar las sentencias que dictan los primeros, conozcan y fallen en salas compuestas por tres ministros, evacuando sentencias de segunda instancia que a su vez son susceptibles de revisión por una sala compuesta por cinco ministros de la Corte Suprema, no es una cuestión fortuita, muy por el contrario, es el resultado de decisiones normativas conscientes que tienen detrás la preferencia innegable del legislador por los tribunales colegiados frente a los unipersonales cuando busca priorizar una acertada solución de los conflictos, por sobre una más rápida o económica. Lo anterior, bajo la creencia racional o irracional por el momento de que los primeros producen mejores decisiones que los segundos²⁶¹.

²⁵⁹ Eduardo Frei Ruiz-Tagle. María Soledad Alvear Valenzuela. 1995. Mensaje del Código Procesal Penal. Documento consultado el 15.07.2022 en la Biblioteca del Congreso Nacional: <http://bcn.cl/211kx>

²⁶⁰ Véase para un ejemplo actual la reacción crítica a propósito de la propuesta de cambio sobre tribunal competente para conocer de la acción constitucional de protección desde una sala de Corte de Apelaciones a un tribunal unipersonal, las opiniones de los Profesores Enrique Navarro Beltrán, Ramiro Mendoza y Flavia Carbonell Bellolio en el programa: Icare tv. "Constitución: El examen final | Capítulo 3 - Sistemas de justicia y justicia constitucional ``. de fecha 16.06.2022. minutos 50-55, en: <https://www.youtube.com/watch?v=QYuAXD9IuoU>

²⁶¹ Misma creencia implícita es posible identificar en las normas de los artículos 50 y 63 n° 3 letra a) del Código Orgánico de Tribunales que le otorga competencia solo en primera instancia a los ministro de corte de apelación actuando como tribunal unipersonal de excepción para conocer de causas en que alguna de las partes está sujeta al

A modo de síntesis respecto de las virtudes de la colegialidad que podemos encontrar en el imaginario colectivo de la cultura jurídica interna nacional, el profesor de derecho procesal MARIO CASARINO VITERBO indica: " *Los tribunales colegiados presentan la ventaja de que aseguran una mayor garantía de acierto por su propia composición colegiada; promueven entre los juzgadores la discusión, que es un poderoso instrumento para llegar a determinar la verdad; y ayudan, en fin, a contener el arbitrio judicial*".²⁶²

(I) Mayor garantía de acierto en el fallo; (II) Efecto epistémico positivo de la discusión entre jueces, y; (III) Efecto mitigador de la arbitrariedad judicial. Nos enfocaremos en este trabajo en la primera de estas tres virtudes principales²⁶³ que se suelen atribuir a la composición colegiada de los tribunales, lo que nos servirá de idea matriz durante las siguientes páginas de este trabajo. ¿Qué razones podemos esgrimir en favor de dichas creencias, se justifican? Este será el foco de nuestro esfuerzo en los párrafos sucesivos. El tópico sobre la supuesta mayor garantía de acierto en el fallo será a su vez la medida con la que juzgaremos la efectividad de la intuición que nos empuja a pensar que a mayor número de cabezas mejor es la calidad de la decisión. La respuesta a esta pregunta nos permitirá por último abordar los costos que una inclusión de prueba posterior a la adopción del acuerdo, es decir renunciando al respecto de dicha prueba a su valoración colegiada, tendría para el proceso.

Para lograr nuestro cometido, exploraremos en primer lugar la primera de estas virtudes, "Mayor garantía de acierto en el fallo", para eso analizaremos la naturaleza de la adjudicación por paneles de jueces en tribunales colegiados, partiendo desde la distinción elemental entre procesos colectivos de tomas de decisiones de tipo a) agregación de preferencias por un lado y de tipo b) agregación de juicios por el otro; distinción elaborada en 1986 por los juristas americanos Lewis A. Kornhauser y Lawrence G. Sager.²⁶⁴

fue mayor, mientras que se reserva a una sala de la misma corte de apelaciones compuesta por tres ministros la revisión en segunda instancia de dicha resolución.

²⁶² Casarino Viterbo, Mario. (2021). Manual de derecho procesal civil tomo I. Santiago de Chile: Edit. Jurídica. p47.

²⁶³ Esperamos poder abordar las otras supuestas virtudes de la colegialidad en otros trabajos futuros.

²⁶⁴ Kornhauser, Lewis A., y Lawrence G. Sager. 1986. Op. Cit. pp 84-89.

Luego, haciendo uso de dicha distinción, y decantándonos junto con los mencionados autores porque el proceso de adjudicación en tribunales colegiados es un proceso de agregación de juicios y no de preferencias, postularemos la precisión en el arribo a decisiones "correctas", como el bien o virtud cuya maximización es el fin y medida de éxito en los procesos de tomas de decisiones colectivos basado en la agregación de juicios, dentro de los cuales se incluye la adjudicación. Después explicaremos como dicha variable incrementa a mayor número de jueces, pero sólo si se cumplen las normas para la adopción de los acuerdos.

Mayor Garantía de Acierto en El Fallo

(I) A. ¿Agregación de Preferencias o Agregación de Juicios?

Emitir una preferencia es postular una proposición limitada y soberana. Limitada ya que no pretende corrección universal y soberana, toda vez que la adhesión por la preferencia emitida se basta a sí misma para justificarse.²⁶⁵ Un ejemplo de lo anterior sería la proposición: *mi helado favorito es el de dulce de leche*. Por el contrario, emitir un juicio consiste en postular una proposición que no es ni limitada ni soberana en el sentido ya descrito, por ejemplo: *el helado de dulce de leche es el helado más calórico*. Como se puede apreciar, este enunciado tiene una pretensión de corrección o universalidad carente en los enunciados que sólo avanzan una preferencia; decir que el helado de dulce de leche es el más calórico lleva envuelta la pretensión de que dicha aseveración es cierta, correcta o verdadera y que por lo tanto debe ser aceptada por todos los sujetos racionales a los que se les presente.

Es más, si otro sujeto racional sustentara un enunciado distinto como, *el helado de menta es el más calórico*, existiría un conflicto debido a que sólo una de las dos proposiciones puede ser correcta, si una lo es, la otra necesariamente es incorrecta y viceversa. Por último, la existencia misma de desacuerdo entre los sujetos que postulan juicios distintos sobre una misma materia, constituye una razón para que estos reevalúen sus juicios iniciales. Por el contrario, nada de lo anterior es predicable en el campo de los enunciados de preferencias. Aquí, si un sujeto x1 enuncia *que su helado favorito es el de dulce de leche* y otro sujeto x2 sustenta *que su helado favorito es el de menta*, no se produce conflicto entre ambos enunciados ni tampoco es necesario que uno de estos sea falso o incorrecto, ni la existencia misma de desacuerdo entre los actores introduce un

²⁶⁵ Kornhauser, Lewis A., y Lawrence G. Sager. 1986. Op. Cit. pp 84..

motivo adicional para que cada uno de ellos reevalúe o modifique su preferencia, ya que ni siquiera existe desacuerdo entre ellos propiamente tal.²⁶⁶

Continuando con la distinción, debemos mencionar que el juicio respecto a que el helado de dulce de leche es el más calórico no es una proposición soberana, toda vez que no se justifica por la sola adhesión de un individuo a dicho juicio, y por el contrario requiere hacer referencias a coordenadas o valores externos para afirmarse. En este sentido el enunciado: *mi helado favorito es el de dulce de leche* se justifica a sí mismo, mientras que el enunciado: *el helado de dulce de leche es el más calórico* requiere necesariamente hacer referencias a estudios alimenticios, datos sobre la cantidad de calorías contenidas por gramo de helado, etc... para sustentarse.

En palabras de A. Kornhauser y Lawrence G. Sager: "*When we render a judgment, we assert that the question of the moment has a right or correct answer in some significant and general sense and that our answer to the question embodies that rectitude. In contrast, when we express a preference, we assert only that we value or desire a particular thing or outcome*" [Cuando emitimos un juicio, afirmamos que la pregunta del momento tiene una respuesta correcta o adecuada en algún sentido significativo y general y que nuestra respuesta a la pregunta encarna esa rectitud. Por el contrario, cuando expresamos una preferencia, solo afirmamos que valoramos o deseamos una cosa o un resultado en particular.]²⁶⁷.

En nuestras palabras, la distinción planteada puede resumirse en que algunas preguntas tienen respuestas correctas y otras simplemente no, y que las respuestas que uno otorga frente a estos distintos tipos de preguntas encarnan dicha diferencia. Lo anterior, debido a la referencia a reglas o patrones de corrección externas a la decisión emitida y la pretensión de que todo otro sujeto racional debería reconocer la veracidad o adecuación de nuestro juicio.

La anterior distinción se mantiene en instancias de toma de decisiones colectivas. Así, si modificamos los ejemplos ya ofrecidos a un contexto de toma de decisiones grupales, conseguimos los siguientes casos a considerar. Ejemplo N° 1: Una madre con tres hijos debe decidir qué tipo de mascota adquirir para la casa, sus opciones son o un gato o un perro. La

²⁶⁶ Ibid.

²⁶⁷ Traducción libre realizada por el suscrito de un fragmento del texto de Kornhauser, Lewis A., y Lawrence G. Sager. 1986. Op. Cit. p 86.

madre considera que la decisión debe ser tomada por sus hijos ya que cree que el tipo de mascota que se adquiriera debe ser aquella que refleje mejor la preferencia de sus hijos al respeto. Así, la madre les plantea la pregunta a los niños para que estos deliberen y voten entre ellos. Los niños deliberan y terminan votando 2/1 en favor de adoptar un cachorro. Aplicando la norma de la mayoría, la madre va a un refugio de animales abandonados y adopta un perro para sus hijos.

La anterior decisión colectiva, siguiendo a Kornhauser y Lawrence G. Sager²⁶⁸ sería doblemente una cuestión de agregación de preferencias. En primer lugar, la pregunta dirigida a cada niño es que expresen su preferencia entre adoptar un gato o un perro. En segundo lugar, el valor colectivo de la preferencia expresada se valora de manera intrínseca y sin atención a ninguna pauta externa de corrección, por lo que la exteriorización de razones o fundamentos por parte de los niños, también sería del todo innecesaria y en ningún caso exigible.

En cambio, todo lo contrario es predicable del siguiente ejemplo. Ejemplo N° 2: Un panel de tres árbitros de fútbol, deben determinar si el uso de las manos por parte del portero Claudio Bravo en una salida a achicar al delantero argentino Lionel Messi, constituye o no una falta. Finalmente, luego de mucho analizar la jugada y deliberar, los árbitros deciden unánimemente que Claudio Bravo no incurrió en ninguna falta, por lo que no debe otorgarse un tiro libre a favor del equipo Argentino.

Los organizadores de la copa América valoran la decisión del panel de árbitros, no porque sea un reflejo auténtico de las preferencias intrínsecas de los árbitros al respecto, sino por el contrario, porque consideran que esta constituye una forma de determinar con pretensión de universalidad y entorno a parámetros de corrección externa respecto a la pregunta fáctica y normativa de si se ha cometido o no una falta. Los parámetros de corrección en este caso serían las reglas del juego del fútbol, y los hechos de la jugada. Por lo tanto, la decisión de los árbitros tiene valor para los organizadores, sólo en la medida en que constituye una agregación de los juicios de los miembros de dicho panel y no de sus preferencias. Por ejemplo, que el fundamento de la decisión sea que Claudio Bravo cogió la pelota con sus manos dentro del área en la que los porteros tienen permitido, según las reglas, hacerlo.

²⁶⁸ Ibid. p 88.

En el mundo de los autores hispano hablantes que han escrito sobre el tema, destaca el trabajo "La Argumentación de las decisiones en los tribunales colectivos" del profesor de derecho de la Universidad de Buenos Aires y ex juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal de la República de Argentina, Martín Diego Farrell, que nos presenta el siguiente ejemplo para ilustrar la distinción:

" En ciertos casos, los miembros del grupo pueden adoptar alguna decisión particular sin necesidad de tener razones especiales para ello. Supongamos que diez personas desean jugar un partido de fútbol 5 y deben decidir en qué lugar debe realizarse el partido. Las alternativas son dos: un estadio en el centro de la ciudad y otro en las afueras. Un integrante del grupo puede manifestar su opción sin proporcionar las razones de ella, e incluso sin tenerlas (su único interés puede consistir en jugar el partido, no dónde jugarlo). Si le resulta indiferente jugar en uno u otro estadio, puede tirar una moneda para elegir entre ellos, y esta actitud no tendría en sí misma nada de malo. Pero en otros casos, pensamos que los que deciden deben proporcionar las razones de su decisión: este es el caso de la decisión adoptada por un tribunal colectivo -por ejemplo- donde se supone que los jueces no pueden elegir sin razones. Las decisiones de los tribunales colectivos constituyen una buena muestra para estudiar la forma adecuada para un cierto tipo de decisiones grupales. Ante todo, no está en discusión que un juez debe decidir en base a razones; nadie aceptaría -por ejemplo- que decidiera tirando una moneda, actitud que no obstante aceptaríamos sin objeciones en el caso del futbolista. Más aún no sólo exigimos que los jueces decidan en base a razones sino que también queremos que lo hagan en base a buenas razones. Una buena razón es aquella que se ajusta a los derechos en juego en el caso. Lo que queremos, entonces, es que el juez decida en base a una buena interpretación de los derechos en juego. No aceptaríamos como buena (salvo muy contadas excepciones en casos de crisis) la razón de que la decisión adoptada -por ejemplo- es la que producirá las mejores consecuencias. La circunstancia de que los jueces deban juzgar de acuerdo a razones excluye también la posibilidad de que ellos decidan en base a la simple expresión de sus preferencias. Los jueces emiten juicios basados en razones, y tratan de alcanzar una "verdad", entendida en este caso como una buena interpretación del derecho vigente"²⁶⁹.

²⁶⁹ Farrell, Martín D. 2003. "La argumentación de las decisiones en los tribunales colectivos". *Revista Jurídica Argentina La Ley*. 2003-F.

Como el lector podrá apreciar de los múltiples ejemplos ofrecidos, los objetivos en el ejercicio de toma de decisiones colectivas frente a ambos tipos de interrogantes difieren considerablemente y en consecuencia también las métricas para medir su rendimiento. En el primero se busca maximizar la autenticidad de las decisiones que emita el grupo, es decir que sea una fiel expresión de la suma de las preferencias de sus componentes, mientras que en el segundo lo que se busca es la precisión del grupo para emitir sistemáticamente respuestas correctas²⁷⁰.

En este sentido las preguntas que las partes involucradas en un conflicto jurídicamente relevante llevan a un tribunal colegiado se asemejan en nuestra opinión y en la de los autores mencionados²⁷¹, al tipo de preguntas que admiten respuestas correctas e incorrectas. Es decir, preguntas de juicio y no de preferencias. Las respuestas a dichas interrogantes, las sentencias que un tribunal dicta, constituyen enunciados con pretensión de universalidad, lo que implica que la doctrina o *ratio iuris* contenida en ellos es aplicable para todo otro caso similar y con pretensión de corrección, es decir, que la decisión se ajusta al derecho vigente y a los hechos del caso.

Caracterizada de esta forma, la actividad de adjudicación por paneles de jueces constituye un claro ejercicio de agregación de juicios y no meramente de preferencias.

Lo anterior no sólo es compatible con un amplio número de posturas filosóficas sobre el derecho y la actividad judicial²⁷², siendo la única excepción las variantes más extremas del llamado Realismo Jurídico que objetaría la posibilidad siquiera de predicar que una decisión judicial es correcta o incorrecta, cuestión que en todo caso no tiene gran difusión en la cultura jurídica nacional, aun altamente legalista²⁷³.

²⁷⁰ Kornhauser, Lewis A., y Lawrence G. Sager. Op. Cit. p 91.

²⁷¹ Véase Kornhauser, Lewis A., y Lawrence G. Sager y Farrell, Martin D.

²⁷² Kornhauser, Lewis A., y Lawrence G. Sager. 1986. Op. Cit. pp 92-93.

²⁷³ Para un buen resumen de la evolución de la cultura jurídica chilena véase Baraona González, Jorge. 2010. "La Cultura Jurídica Chilena: Apuntes Históricos, Tendencias y Desafíos". Revista de Derecho, no 35: 427-48. <https://doi.org/10.4067/s0718-68512010000200013>.

Además de los anterior, la adopción de la "precisión" como virtud y métrica de los tribunales colegiados no depende de un compromiso filosófico sobre qué constituye la verdad, o si sólo existe una o múltiples verdades o respuestas correctas a cada caso concreto. En todos estos escenarios, la virtud de la precisión, es decir la tendencia del tribunal colegiado a emitir una decisión "correcta", sin importar que definición de "correcta" se tenga, parece ser adecuada para medir el éxito o no de una órgano encargado de emitir juicios. En palabras de Kornhauser, Lewis A., y Lawrence G. Sager: "*the tendency to reach correct judgments emerges as a core virtue of the adjudicatory process even while they differ about the nature of the process*".²⁷⁴

Habiendo establecido que la adjudicación por tribunales colegiados es un ejercicio de agregación de juicios y no de preferencias, ahora nos queda contestar a la pregunta ¿Por qué la cantidad de jueces en un tribunal incidiría de manera positiva en la "precisión" del mismo para emitir respuestas correctas, son tres realmente mejor que uno ?

La respuesta a lo anterior se sustenta en una explicación matemática postulada a finales del siglo XVIII por Marie Jean Antoine Nicolas de Caritat, marqués de Condorcet, también llamado simplemente Nicolás de Condoceret, filósofo, matemático, político y politólogo francés, quien en 1875 elaboró por primera vez su famoso teorema del jurado, el cual es una consecuencia aplicada a los procesos de decisión grupales de la ley de los grandes números.

Los supuestos del teorema son los siguientes: Un grupo de individuos desea llegar a una decisión por mayoría de votos de sus miembros. Los individuos sólo pueden votar eligiendo entre dos opciones, por ejemplo blanco o rojo. Sólo una de estas opciones es correcta y cada votante tiene una probabilidad independiente que denominamos "p" de votar por la decisión correcta. El teorema responde a la pregunta ¿cuántos votantes deberíamos incluir en el grupo para maximizar que mediante la adopción de la regla de la mayoría, el grupo elija la respuesta correcta?

El resultado depende de si "p" es mayor o menor que 1/2 o mayor o menor que 50%. Si "p" es mayor que 1/2 es más probable que cada votante vote correctamente al agregar más

²⁷⁴ Kornhauser, Lewis A., y Lawrence G. Sager. 1986. Op. Cit. p 95.

votantes aumenta la probabilidad de que la decisión de la mayoría sea correcta. En el límite, la probabilidad de que la mayoría vote correctamente se acerca a 1 a medida que aumenta el número de votantes. Por otro lado, si "p" es menor que 1/2 o inferior a 50%, entonces es más probable que cada votante vote incorrectamente. En este caso agregar más votantes o jurados empeoraría las cosas, en este escenario el jurado óptimo consiste en un solo votante.

En palabras del profesor "MARTÍN DIEGO FARRELL": " Si uno puede suponer que es más probable que un votante elija correcta que incorrectamente respecto de cualquier proposición dada, y suponiendo que todos los votantes tienen la misma probabilidad independiente de elegir con corrección, entonces es más probable que una mayoría de esos votantes esté acertada en su punto de vista de lo que lo estaría cada uno de los votantes solo. Reemplacemos votante por juez y tenemos un argumento en favor de tribunales colectivos"²⁷⁵.

En el mismo sentido, pero brindándonos un ejemplo más desarrollado, es de destacar el trabajo del profesor de derecho de la Universidad de Toronto, "Bruce Chapman" quien ilustra la aplicación del teorema de Condorcet aplicado a tribunales colegiados de la siguiente manera:

"Supongamos, por ejemplo, que, para cualquier proposición dada, cada uno de los tres jueces de la Tabla 1 tiene una probabilidad independiente de dos tercios de acertar. Entonces el tribunal, utilizando la regla de la mayoría, tendrá razón cuando al menos dos de los jueces (es decir, la mayoría) tengan razón. La posibilidad de que esto suceda es la suma de las posibilidades de que A y B (pero no C) tengan razón (o una posibilidad de $2/3 \times 2/3 \times 1/3 = 4/27$), o B y C (pero no A) teniendo razón (nuevamente, una probabilidad de $4/27$), o A y C (pero no B) teniendo razón (también una probabilidad de $4/27$), o A, B y C teniendo razón (o una probabilidad de $2/3 \times 2/3 \times 2/3 = 8/27$). La suma de esta disyunción de cuatro probabilidades, que representa todas las formas posibles en las que la mayoría de los jueces podría acertar en la proposición, es $20/27$, que es mayor que la probabilidad de $2/3$ (o $18/27$) de que cualquier Uno de los jueces tenga razón. Esta mayor probabilidad de que el grupo tenga razón puede ayudarnos a justificar el uso de la regla de la mayoría para la agregación de juicios individuales."²⁷⁶

²⁷⁵ Farrell, Martin D. Op. Cit. p 6.

²⁷⁶ Traducción libre realizada por el suscrito de un fragmento de: Chapman, Bruce. (2002). "Rational Aggregation". *Politics Philosophy & Economics* 1 (3): 337-54. <https://doi.org/10.1177/1470594x02001003004>. p 342.

Para la adecuada inteligencia de la cita anterior véase la siguiente tabla que tomamos prestada del trabajo de Chapman:

Tabla 1²⁷⁷ _____

	Existe un contrato(p) (p.q)	Se incumplió el contrato(q)	Hay responsabilidad contractual
Juez A:	Verdadero.	Falso.	Falso.
Juez B:	Falso.	Verdadero.	Falso.
Juez C:	Verdadero.	Verdadero.	Verdadero.
Mayoría:	Verdadero.	Verdadero.	Falso.

En vista de lo anterior, pareciera ser que suponiendo que: (i) la controversia únicamente puede adjudicarse entre dos formas o resultados en los que sólo uno es correcto, (ii) que cada juez del panel tiene la misma probabilidad de decidir correctamente, (iii) que cada juez tiene más probabilidades de decidir de manera correcta que incorrecta²⁷⁸, (iv) que la decisión de cada juez es independiente a la de los otros, y que (v) los jueces del tribunal deciden utilizando la regla de la mayoría; pareciera que la intuición originalmente planteada en este capítulo y que decidimos personificar en la frase del profesor Mario Casarino²⁷⁹ de que la colegialidad es una garantía de mayor acierto o " precisión " en el fallo es correcta y justificada, por lo menos de manera preliminar.

²⁷⁷ Chapman, Bruce. Ibid.

²⁷⁸

²⁷⁹ Véase nota al pie n° 8 de este trabajo.

Desde ya, nos ponemos el parche antes de la herida y advertimos que varios de los supuestos que hacen operativo el teorema de Condorcet pueden relajarse sin que deje de cumplirse. Para el detalle de la explicación referimos al lector a la obra de Kornhauser, Lewis A. y Lawrence G. Sager²⁸⁰ en que se explica cómo incluso si asumimos que un tribunal tiene más que sólo dos opciones para resolver la contienda o si asumimos como probablemente es en la realidad que las competencias de cada juzgador que integra el tribunal no son iguales aunque bien todos tienen más probabilidad de decidir correctamente que de decidir incorrectamente²⁸¹. En todos estos casos igualmente se genera el aumento en precisión producto de la colegialidad según lo dispone el teorema.

En suspenso dejamos por el momento los efectos de la deliberación y su relación con el supuesto (iv) y la precisión de un tribunal colegiado, cuestión que en todo caso no ha sido objeto lamentablemente de la investigación académica que demanda. En todo caso, trataremos su implicancia en el mayor detalle posible en el siguiente sub capítulo en el que enfocaremos sus efectos desde la literatura especializada sobre el efecto del desacuerdo entre pares epistémicos.

Ahora por el contrario, lo que corresponde es relacionar este primer resultado con las normas que rigen los protocolos de votación, entiéndase las normas que rigen los acuerdos de los tribunales colegiados entre nosotros y ver su incidencia en el efecto positivo que hemos demostrado que preliminarmente tiene la colegialidad en la precisión de un tribunal para lograr una decisión correcta. Sólo una vez resuelto esto, podremos abordar la forma en específico en que la dictación y realización de medidas para mejor resolver con posterioridad a la adopción del acuerdo, es decir con presidencia de las reglas que rigen la formación de los mismos, afectaría negativamente esta virtud de la colegialidad, que asumimos razonablemente el legislador ha querido maximizar en las oportunidades que ha optado por esta forma de composición orgánica y procedimiento de agregación de juicios.

Por último y antes de continuar en la forma que hemos descrito, no podemos dejar de señalar antes de terminar este acápite, que estos importantes hallazgos en el avance de la ciencia jurídica de los que nos hemos servido hasta ahora en el desarrollo de la presente memoria de

²⁸⁰ Kornhauser, Lewis A., y Lawrence G. Sager. 1986. Op. Cit. p 99-102.

²⁸¹ Nótese que este presupuesto está detrás de la existencia misma de una judicatura letrada.

título, léase la distinción entre preferencias y juicios, la caracterización de los tribunales colegiados como instancias de decisiones colectivas de agregación de juicios y el claro efecto epistémico positivo derivable de la aplicación del teorema de Conderocet; aparecen totalmente ausentes en la producción académica nacional.

La anterior desatención puede apreciarse en el siguiente fragmento de un texto de un autor nacional que trata sobre colegialidad, lo cual es desde ya encomiable. Sobre todo en el contexto nacional en que muy pocos trabajos académicos tratan temas relacionados a la colegialidad de los tribunales. Si bien el texto aborda de manera muy lúcida cuestiones de epistemología del desacuerdo y votos de minoría en tribunales orales en lo penal; pasa sin embargo por alto las importantes distinciones y caracterizaciones que hemos presentado en este trabajo desarrolladas por la doctrina norteamericana desde la publicación de "Unpacking the Court"²⁸² en 1986, más de 30 años atrás²⁸³, las cuales por el contrario si han tenido siquiera algo de recepción en la literatura jurídica argentina como demuestra el importante trabajo de Farrell, Martin D²⁸⁴.

En este orden de cosas resulta ilustrativa la siguiente cita: "*Donde antes bastaba uno, ahora se requieren tres o más jueces. ¿Qué beneficio podría haber en ello que justifique incurrir en estos mayores gastos? ¿Por qué la sola agregación de preferencias podría tener un valor si como se ha dicho la sola circunstancia de que una creencia sea adoptada por un mayor número de personas no es determinante per se de mayores credenciales epistémicas?*"²⁸⁵.

(I) b. ¿ Caso a caso o punto por punto?, dos formas distintas de agregar juicios.

²⁸² Para una reseña completa del impacto que la publicación de "Unpacking the Court" tuvo en la producción académica norteamericana posterior véase Quinn, Kevin M. 2012. "The academic study of decision making on multimember courts". California law review 100 (6): 1493-1501. <http://www.jstor.org/stable/23409479>. Recomendamos especialmente la nota al pie N° 12 de dicho trabajo.

²⁸³

²⁸⁴ Véase nota al pie N° 13 del presente trabajo.

²⁸⁵ COLOMA, Rodrigo. "Dos es más que uno, pero menos que tres. El voto disidente en decisiones judiciales sometidas al estándar de prueba de la «duda razonable»". Polít. crim. Vol. 9, No 18 (Diciembre 2014), Art. 4, pp. 419. [http://www.politicacriminal.cl/Vol_09/n_18/Vol9N18A4.pdf]

El anterior subtítulo no es una referencia al incidente de la acumulación de autos regulado en el título X del libro primero del C.P.C.²⁸⁶ Se refiere en cambio a las dos formas fundamentales que tenemos a nuestra disposición para agregar o tabular los juicios de los distintos miembros que componen un tribunal colegiado, entendiendo el término juicio en el sentido ya desarrollado en el acápite (I) a. del presente capítulo.

Las dos grandes formas en que se puede proceder a la agregación son: 1) Caso a caso o 2) Punto por punto. En el primero de estos métodos cada juez o ministro de un tribunal colegiado emite su juicio de manera holística o global en relación a la parte dispositiva del caso y la sumatoria de juicios que debe realizarse para formar la mayoría legal para adoptar la sentencia se realiza sólo sobre dicha parte dispositiva del fallo, léase *vgr*²⁸⁷, acoger o rechazar la demanda o el recurso en cuestión. Por otra parte no se tabulan o agregan las opciones de los ministros sobre los distintos puntos de derecho y de hecho que fundamentan tal decisión, así si bien cada ministro expresa sus razones para votar de cierta manera respecto de la resolución del litigio, no es necesario que exista coincidencia y mucho menos acuerdo por mayoría legal de los miembros del panel respecto a estas.

Por otro lado tenemos la opción de ir punto por punto en la agregación de las opiniones, esto significa que debemos sumar los juicios de cada uno de los miembros del tribunal colegiado respecto de cada uno de los puntos de hecho y de derecho en los que se sustenta el fallo y en que puede disgregarse la pretensión respecto de la cual está llamado a pronunciarse el tribunal colegiado.

La relevancia en la elección de protocolo de votación es doble. Por una parte, en algunos casos la elección de protocolo puede modificar totalmente la decisión final del asunto controvertido, los que han sido denominados como " casos de la paradoja doctrinal"²⁸⁸ por la academia norteamericana. Por otro lado, sólo uno de estos protocolos o reglas de votación hace

²⁸⁶ Código de procedimiento Civil.

²⁸⁷ *Verbigratia*.

²⁸⁸ Kornhauser, Lewis A., and Lawrence G. Sager. "The One and the Many: Adjudication in Collegial Courts." *California Law Review* 81, no. 1 (1993): 1-59. <https://doi.org/10.2307/3480783>. pp. 11-13.

operativas las positivas propiedades estadísticas derivadas del teorema de Condeceret, además de otras virtudes accesorias que destacaremos en su oportunidad.

Nos abocaremos primero al tema de la "paradoja doctrinal", cuestión sobre la que gratamente existen trabajos de jurista nacionales²⁸⁹ desde los que podemos desarrollar el concepto. Para aquello evitaremos definiciones generales y explicaremos el concepto utilizando un ejemplo elaborado por el ilustre profesor de derecho procesal de la Facultad de derecho de la Universidad de Chile Fernando Alessandri:

Supuesto:

"Se entabla una demanda de nulidad de contrato alegando un vicio de fuerza. Cinco ministros entran en el acuerdo de la causa. Cada ministro da su opinión en conjunto . Se pregunta a cada ministro en forma general si debe aceptarse o rechazarse la demanda. Dos contestan que debe rechazarse, porque los hechos en que se funda la fuerza que se alega no están probados; pero, en el supuesto que estuvieran establecidos constituirían fuerza de acuerdo con el C.C. Otros dos ministros acuerdan también rechazar la demanda, porque si bien estiman que los hechos han sido probados, ellos no constituyen la fuerza que según el C.C vicia el consentimiento.

El quinto ministro opina que debe aceptarse la demanda, porque a su juicio, los hechos han sido probados y constituyen ellos vicio del consentimiento ."²⁹⁰

Caso a Caso

Utilizando el método de agregación de juicios caso a caso, podemos ver que cuatro de los cinco ministros que entraron al acuerdo están por que se rechace la demanda y solo uno por acogerla, pero los fundamentos que han tenido dos de los ministros que estuvieron por rechazarla son distintos de los que adujeron los otros dos que también rechazaron.

El resultado es que se rechaza la demanda.

²⁸⁹ Vease Casarino. Mario. Op. cit. pp 107-113. y Alessandri Rodríguez, Fernando. Apuntes de derecho procesal: comentarios al Código Orgánico de Tribunales. Santiago de Chile: Universidad de Chile, Facultad de Derecho, (1940) pp 180-186.

²⁹⁰ Fernando Alessandri. (1940). Apuntes de derecho procesal: comentarios al Código Orgánico de Tribunales. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. V1.p 183.

Punto por Punto

Por el contrario si se utiliza el método de agregación punto por punto, se debe votar cada cuestión o punto en que es disgregable el caso por separado.

Así en el ejemplo anterior , si los ministros votaran primero sobre el punto de si los hechos del caso de la demandante se encuentran o no probados, existiría una mayoría de 3/5 por la afirmativa. Por lo que, habiendo mayoría en ese sentido y asumiendo que este tribunal utiliza la norma de la mayoría para decidir, se tendrían por probados los hechos.

luego si los ministros votaran respecto al punto de si los hechos del caso constituyen o no fuerza que vicia el consentimiento según el Código Civil, de nuevo nos encontraríamos con la formación de una mayoría de 3/5 por la afirmativa.

Computando y sumando los votos de esta forma, la demanda de nulidad por vicio del consentimiento sería acogida y no rechazada como resulta de la aplicación del protocolo de votación caso a caso. Como puede apreciarse, la importancia de las reglas de votación es tan relevante, que en casos como el presentado puede llegar a cambiar el resultado del pleito.

El primero de estos métodos solo pregunta a los ministros su juicio sobre el resultado del caso, poniendo el énfasis en lo resolutivo. Mientras que el segundo, pone el énfasis en la justificación de la decisión, exigiendo la adopción de un acuerdo mayoritario para cada punto pertinente individualmente considerado.

Esto es lo que la literatura legal norteamericana ha bautizado como la "*Doctrinal Paradox*"²⁹¹, un fenómeno exclusivo de los tribunales colegiados. La paradoja en si es sumamente interesante ya que nos muestra circunstancias en que las razones y el resultado de una decisión se desmiembran abriendo el debate por cual es el mejor método de votación para solucionar el problema ya que existen costos y beneficios asociados a ambas opciones.²⁹² Sin perjuicio de lo

²⁹¹ Kornhauser, Lewis A., and Lawrence G. Sager. 1993. "The One and the Many: Adjudication in Collegial Courts." *California Law Review* 81 (1): 1. <https://doi.org/10.2307/3480783>. pp 10-12.

²⁹² *Ibid.* p32.

anterior y tenido en cuenta el objetivo reducido de este trabajo, trataremos la cuestión de manera relativamente breve y enfocado en el efecto positivo que la aplicación del protocolo de votación punto por punto trae a la precisión y otros objetivos conexos deseables, lo anterior ya que entre nosotros el asunto se encuentra claramente decidido a nivel legislativo en pro de una solución que ordena votar punto- punto, como es apreciable de los artículos 83y 85 del Código Orgánico de Tribunales .

"Art. 83. En los acuerdos de los tribunales colegiados, después de debatida suficientemente la cuestión o cuestiones promovidas, se observarán las reglas siguientes para formular la resolución:

1º) Se establecerán primeramente con precisión los hechos sobre que versa la cuestión que debe fallarse, sin entrar en apreciaciones ni observaciones que no tengan por exclusivo objeto el esclarecimiento de los hechos;

2º) Si en el debate se hubiere suscitado cuestión sobre la exactitud o falsedad de uno o más de los hechos controvertidos entre las partes, cada una de las cuestiones suscitadas será resuelta por separado;

3º) La cuestión que ya hubiere sido resuelta servirá de base, en cuanto la relación o encadenamiento de los hechos lo exigiere, para la decisión de las demás cuestiones que en el debate se hubieren suscitado;

4º) Establecidos los hechos en la forma prevenida por las reglas anteriores, se procederá a aplicar las leyes que fueren del caso, si el tribunal estuviere de acuerdo en este punto;

5º) Si en el debate se hubieren suscitado cuestiones de derecho, cada una de ellas será resuelta por separado, y las cuestiones resueltas servirán de base para la resolución de las demás; y

6º) Resueltas todas las cuestiones de hecho y de derecho que se hubieren suscitado, las resoluciones parciales del tribunal se tomarán por base para dictar la resolución final del asunto.

Art. 85. Se entenderá terminado el acuerdo cuando se obtenga mayoría legal sobre la parte resolutive del fallo y sobre un fundamento, a lo menos, en apoyo de cada uno de los puntos que dicho fallo comprenda.

Obtenido este resultado, se redactará la resolución por el ministro que el tribunal señalare, el cual se ceñirá estrictamente a lo aceptado por la mayoría.

Si se suscitare dificultad acerca de la redacción, será decidida por el tribunal.

Aprobada la redacción, se firmará la sentencia por todos los miembros del tribunal que hayan concurrido al acuerdo, a más tardar en el término de tercero día; y en ella se expresará, al final, el nombre del ministro que la hubiere redactado.

De la designación del ministro que deba redactar el fallo acordado se dejará constancia en el proceso en un decreto firmado por todos los ministros que concurrieron al acuerdo. Este decreto será puesto en conocimiento de las partes el día de su fecha.

El secretario certificará, en una diligencia estampada en los autos, la fecha en que el ministro entregue redactado el proyecto de sentencia.¹²⁹³

Lo anterior no es el caso en los Estados Unidos de América ni en Argentina por ejemplo , en que no existe regulación legislativa al respecto^{294 295}, por lo que sus tribunales y especialmente relevante su Corte Suprema, está facultada para decidir que protocolo de votación utilizara para cada decisión que pretende entregar. Lo que ha llevado a una práctica desordenada y caóticas respecto en el caso Americano²⁹⁶, pero que a su vez ha provocado un mayor interés y debate académico por el asunto que el existente en el medio Chileno.

Sin perjuicio de lo anterior y antes de abalanzarnos sobre las virtudes de nuestra forma de computar Punto- Punto, hacemos ver que esta no está exenta de problemas que deberían suscitar la atención de los académicos Chilenos sobre todo cuando estamos en un periodo de reflexión constitucional, oportunidad invaluable para reflexionar sobre el diseño institucional de nuestros tribunales y los objetivos que se quieren maximizar con una u otra forma de composición, número de jueces, protocolo de votación y efectos del precedente.

El problema principal y más agudo de la forma de votación punto- punto es que genera incentivos para voto estratégico, es decir para la deformación de los votos en ciertos puntos

²⁹³ Ley N° 7.421. Código Orgánico de Tribunales. Publicada el 9 de julio de 1943. Consultado el 26 de septiembre de 2022.

²⁹⁴ Kornhauser, Lewis A., and Lawrence G. Sager. 1993. "The One and the Many: Adjudication in Collegial Courts." *California Law Review* 81 (1): 1. <https://doi.org/10.2307/3480783>. p 12.

²⁹⁵

²⁹⁶ Ibid. pp 18-24.

fácticos o de derecho en los que se sustenta el resultado de la decisión por parte de uno o varios jueces que componen un tribunal colegiado, con el fin de lograr que su opinión respecto del resultado del caso sea adoptada por la mayoría.

Inquietud recogida por el profesor Adolfo Alvarado quien al respecto nos informa: "En efecto: si se exige que las razones de los jueces coincidan, este es un incentivo para que ellos que coinciden respecto de la solución del caso deformen alguna de sus razones..."²⁹⁷

Lo anterior puede generar la adopción insincera de opiniones por parte de los ministros, tentación que no se ve frenada por la responsabilidad que esa forma de proceder podría traer para el desarrollo jurisprudencial del derecho futuro entre nosotros debido al carácter no vinculante del precedente en los países, que como Chile, pertenecen a la tradición continental, lo que agrava el riesgo de la deformación.

Por otra parte, la noción misma de lo que constituye un punto o *issue* que amerite votación por separado es sumamente ambigua y controvertible y francamente indefinible de una manera general y a priori medianamente útil²⁹⁸. Así si bien nuestro sistema tiene a diferencia del Americano o el Argentino, exógenamente zanjado el problema, dándole la atribución al presidente de la corte de apelaciones respectiva o a quien haga las veces de presidente en caso de que no se encuentre integrando la sala, de "Fijar las cuestiones que hayan de debatirse y las proposiciones sobre las cuales haya de recaer la votación"; el impacto y uso de dicha atribución no ha sido objeto de estudios teóricos o empíricos en la academia procesal chilena hasta la fecha., ni tampoco se ha problematizado sobre si esta es la mejor forma de proceder al respecto o si por el contrario los puntos deberían ser acordados por la sala en una meta-votación.

Hecha la advertencia pasamos a explicar porqué el protocolo de votación adoptado en nuestra legislación es fundamental para extraer de la agregación de los juicios individuales de los ministros, la tendencia al acierto que nos promete la colegialidad. Lo anterior se debe en que para que podamos considerar que la probabilidad de acierto de una decisión se ve

²⁹⁷ Adolfo Alvarado Velloso. 2011. "Formación de las mayorías en los tribunales colegiados" Revista Ius et Praxis, Año 17, No 1, 2011, pp. 271 - 280 ISSN 0717 - 2877 Universidad de Talca - Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

²⁹⁸ Farrell, Martin D. Op. Cit. p 7.

marginalmente incrementada a mayor número de jueces que adopta tal decisión, dichos jueces deben estar votando todos respecto de lo mismo, de lo contrario ninguna virtud matemática de mayor precisión es extraíble. En palabras del profesor Farrell, Martin: " Pero, ¿por qué este argumento muestra que hay que decidir punto por punto en lugar de caso por caso ? Porque para que pueda aplicarse el teorema de Condorcet es necesario que los votantes (o los jueces, en nuestro caso) se refieran a la misma proposición, y no a proposiciones diferentes: de lo contrario, la probabilidad de acierto no tiene por qué aumentar."²⁹⁹

En el mismo sentido el profesor Bruce Chapman: "...it is important to appreciate that, for the use of majority rule to receive this epistemic support from the Condorcet argument, the different individual decision-makers who form the majority must be addressing the same proposition (or, at least, not any inconsistent propositions)"³⁰⁰.

Lo anterior no es posible ni siquiera de identificar correctamente en un sistema de votación caso a caso cuando enfrentamos un caso en que se presenta la "*Doctrinal Paradox*", en que la mayoría de los jueces o ministros se puede haber generado por un concurso de jueces que concurrieron todos con motivos y razones distintas a la decisión. Lo anterior no solo priva a la decisión de cualquier virtud epistémica en cuanto de que a mayor número de cabezas mejor es la calidad de la decisión, entiendo mejor como más probable de ser una decisión acertada, sino que a su vez es perjudicial a la formación de un cuerpo de jurisprudencia coherente y la capacidad de los actores de extraer reglas de los fallos y así predecir la conducta futura de los tribunales en la aplicación del derecho además de perjudicar la capacidad de los tribunales inferiores de identificar y adoptar un criterio de la decisión de los tribunales superiores llamados a uniformar la aplicación del derecho.

²⁹⁹ Ibid. p6.

³⁰⁰ Chapman, Bruce. 2002. "Rational Aggregation". *Politics Philosophy & Economics* 1 (3): 337-54. <https://doi.org/10.1177/1470594x02001003004>. p 342

Lo anterior queda perfectamente claro en casos paradójicos³⁰¹ como el infame "*National Mut. Ins. Co. v. Tidewater Transfer Co.*, 337 U. S. 582 (1949)³⁰²", decidido el 20 de junio de 1949 por la Corte Suprema de Los estados Unidos de América, en que siguiendo un protocolo de votación caso a caso, se decidió por una mayoría de 5/9 ministros que la legislación que extendía la jurisdicción de los tribunales federales a los habitantes del distrito de Columbia era constitucional, pese a que solo 3/9 ministros consideraron que el Congreso tiene el poder para extender legislativamente la jurisdicción de los tribunales federales más allá de los términos del artículo 3º de la constitución y que solo 2/9 considero que el término "estado" utilizado por el artículo 3º de la carta fundamental americana era extensible al Distrito de Columbia.

Como es apreciable la decisión es catastrófica si de verdad no tomamos en serio que la adjudicación es una actividad racional de toma de decisiones, caracterizada por la obligación de entregar razones públicas que justifiquen esas definiciones . En palabras de los profesores Kornhauser, Lewis A., y Lawrence G. Sager: "*In particular, in cases where the doctrinal paradox arises, judgment and reason are immediately and inexorably pull apar, to the potential detriment of the orderly development of legal doctrine. Consider Tidewater, where substantial majorities of the justices rejected both the proposition that the District of Columbia was a "state" within the meaning of Article III, and the proposition that congress had the power to extend the jurisdiction of Article III courts. The two minorities however, held differently, and, in case-by-case voting the cojoined minorities dictated the outcome of the case. Obviously, the Court us and entity articulated no justification for its outcome. Each justification offered was in fact rejected by a substantial majority of the Court. This conflict between justifying reasons and case judgment is the most objectionable and perplexing of the case.....**Tidewater is remarkable in that it installs or ratifies two important propositions of law that starkly contradict its own result. It is an affront to. the model of reasoned justification that drives adjudication.*"³⁰³.

³⁰¹ Entiéndase el termino en el sentido específico en que sea ha empleado en este trabajo, es decir en el sentido de que en él se dan las condiciones de la paradoja doctrinal o "doctrinal paradox".

³⁰² National Mut. Ins. Co. v. Tidewater Transfer Co., 337 U. S. 582 (1949) en: <https://www.lexisnexis.com/community/casebrief/p/casebrief-nat-l-mut-ins-co-v-tidewater-transfer-co>

³⁰³ Kornhauser, Lewis A., and Lawrence G. Sager. 1993. "The One and the Many: Adjudication in Collegial Courts." California Law Review 81 (1): 1. <https://doi.org/10.2307/3480783>. p 25 y 27.

Lo más triste del caso *National Mut. Ins. Co. v. Tidewater Transfer Co.* es que hubiera sido totalmente evitable si se hubiera adoptado un protocolo de votación " *Issue by issue*" es decir punto por punto lo que hubiera llevado a que la parte resolutive del caso hubiera sido coherente con el razonamiento entregado y se hubiera rechazado la constitucionalidad de la legislación sub iudice.

En vista de todo lo anterior es que consideramos infinitamente valiosa e importante la solución legislativa en pro de la meta regla o protocolo de votación del tipo punto por punto que consagra actualmente nuestro Código Orgánico de Tribunales en su título sobre los acuerdos de las cortes de apelaciones, cuya historia y ámbito aplicación general ya hemos desarrollado en capítulos previos de esta memoria de prueba y cuya funcionalidad como una forma de configuración específica de diseño legislativo/institucional que busca maximizar las virtudes de la colegialidad teniendo como fin la mayor precisión de las decisiones espero hayamos logrado transmitir al lector.

Así las cosas y a modo de cierre de este capítulo, vincularemos todo lo elaborado aquí con el asunto mucho más limitado que recordamos pretende abordar esta tesis de pregrado sobre la conveniencia o no de la introducción de material probatorio, en procesos seguidos ante tribunales colegiados, de manera posterior a la adopción del acuerdo.

Recordamos al lector que la introducción de material probatorio de manera posterior a la adopción del acuerdo por parte de las partes es prácticamente imposible desde que en todos los procedimientos que de lege lata, las distintas leyes y códigos que regulan las actuaciones procesales ante órganos colegiados en nuestro país contemplan claras oportunidades de rendición y producción de prueba para las partes cuyo momento preclusivo es lo suficientemente reconocible y distante del momento de adopción del acuerdo como para que se genere prueba a instancia de parte posterior a su adopción por error³⁰⁴.

Lo anterior es evidente si se tiene en cuenta que el acuerdo es un trámite posterior a la vista de la causa, etapa del procedimiento, que en lo que a la preclusión del derecho de las partes a

³⁰⁴ Esos límites temporales claros respecto a la oportunidad de la rendición de prueba a instancia de parte son la audiencia de juicio en los procedimientos reformados y las etapas previas a la sentencia interlocutoria de citación a oír sentencia en el procedimiento civil.

rendir prueba se refiere, tiene la misma naturaleza y efectos que la sentencia interlocutoria de segundo grado que cita a las partes a oír sentencia, es decir clausura el debate tanto fáctico como jurídico que las partes han desarrollado a lo largo del contradictorio. Lo anterior se desprende de una lectura armónica de los artículos 162, 227 y 433 todos del Código de Procedimiento Civil como ya fue abordado en capítulos previos de esta memoria de prueba³⁰⁵.

Así las cosas, la situación de riesgo que hemos identificado para la introducción de material probatorio posterior a la adopción del acuerdo ante un tribunal colegiado es precisamente ³⁰⁶a propósito de la llamada "iniciativa probatoria de juez"³⁰⁷, que entre nosotros tiene prácticamente su única expresión en el procedimiento civil, en la forma de medidas para mejor resolver, reguladas en artículo 159 del Código de Procedimiento Civil, por lo que son una institución común a todo procedimiento, las cuales sin perjuicio de lo anterior están también expresamente incluidas en otros procedimientos como el ambiental³⁰⁸ o el de libre competencia³⁰⁹ por ejemplo como ya se mencionó en el primer capítulo de esta memoria.

Ahora bien, la anterior situación de riesgos respecto de la medidas para mejor resolver se debe a que mientras que el hito dentro del procedimiento que marca el inicio de la oportunidad procesal para dictarlas y ejecutarlas es claro, luego de citadas las partes a oír sentencia o vista la causa, lo mismo no puede decirse de su límite inferior, es decir cuando precluye la oportunidad del tribunal colegiado para dictarlas.

La anteriormente descrita falta de respuesta legislativa clara a la pregunta ¿Hasta qué momento del procedimiento pueden dictarse medidas para mejor resolver?, no genera dificultades en procedimiento seguidos ante tribunales unipersonales, la respuesta obvia es que dentro del plazo para dictar sentencia el juez tiene habilitación legal para decretar la producción

305

³⁰⁶ No son la única expresión de iniciativa probatoria judicial en el CPC gracias a la existencia de los artículos 266 y 412 del mismo código.

³⁰⁷ Hunter. Ampuero. Ivan. "Rol de Juez Prueba y proceso" 2022. Der Ediciones. ISBN: 978-956-9959-68-4 p. 537.

³⁰⁸ Véase el artículo 43 de la Ley N° 20.600. Publicada el 28 de junio 2012. Consultada el 3.10.2022 en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1041361&idParte=9269911>

³⁰⁹ Véase el artículo 22 del D.L. 211. Publicado el 7 de marzo del 2005. Consultada el 3.10.2022 en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=236106&idVersion=2017-06-01&idParte=>

de prueba *ex officio* de manera tan temprana o tardía como lo estime siempre en todo caso antes de la dictación de la sentencia como es obvio. Como sea aquí no hay espacio para errores o problemas en la aplicación de estas normas.

Por el contrario si el tribunal es colegiado, vista la causa la legislación no es especialmente clara ni detallada sobre cómo proceder. Sin perjuicio de lo anterior en la práctica se suelen ver tres tipos de actuaciones posibles distintas por los tribunales colegiados una vez concluida la vista de la causa.

- 1) Decretar una medida para mejor resolver.
- 2) Adoptar inmediatamente un acuerdo por la mayoría de sus miembros y designar a un ministro redactor.
- 3) Dejar la causa en estudio a solicitud de cualquiera de uno o más de sus miembros.
- 4) Dejar la causa en acuerdo, es decir iniciado en el proceso de deliberación y votación.

Lo anterior es importante ya que la falta de claridad legislativa al respecto ha dado espacio a un uso impropio en nuestra opinión de los términos recién mencionado, confundiendo a veces tanto los autores³¹⁰, las partes y los tribunales la distinción fundamental entre en acuerdo por un lado y con acuerdo o con acuerdo adoptado o tomado indistintamente por el otro.

El primero de estos términos describe un estado procesal en que la decisión del tribunal no está tomada, solo se ha iniciado el proceso reglado de deliberación y votación cuyo objetivo es arribar a la resolución, mediante una decisión colectiva y mayoritaria de los ministros, del asunto controvertido. Por otra parte, el término con acuerdo adoptado o tomado, quiere decir que el proceso de deliberación y votación reglado ha concluido porque se han verificado los

³¹⁰ Nos percatamos por ejemplo que incluso en trabajos recientes como el de las autoras Troncoso. Bustamante. Carla Paz y Lazen. Manzur. Claudia Andrea (2021) "El Gobierno Judicial " Cuadernos jurídicos de la Academia Judicial. Der Ediciones. Santiago. pp 37-39 el tema es tratado de manera insuficientemente precisa confundiendo por ejemplo el hecho de que el tribunal ordene una medida para mejor resolver con el estado de acuerdo. Lo anterior constituye un error conceptual importante si se tiene en consideración que el estado de acuerdo dice relación con aquel momento que comprende una operación compleja en que se primero deliberada suficientemente la cuestión entre los ministros de un tribunal colegiado para luego iniciar el proceso de votación sobre cada uno de los puntos de hecho y derecho que fije el presidente del tribunal o sala con el propósito de acordar por la mayoría de sus miembros la resolución del asunto litigioso. En ese sentido la prueba decretada como medida para mejor resolver debe necesariamente en su calidad de elemento respecto del cual recaerá la decisión, preceder a la deliberación y acuerdo de la misma y no ser coetánea ni posterior a esta.

requisito que la ley en el artículo 85 del Código Orgánico de Tribunales ha establecido para aquello, es decir se ha arribado a un acuerdo por la mayoría legal de los ministro respecto a la parte resolutive del fallo y a lo menos un fundamento en apoyo de cada uno de los puntos que dicho fallo comprenda; la decisión está tomada y solo falta su redacción por el ministro redactor.

Para un ejemplo de una jurisdicción que cuenta con una correcta apreciación de estos distintos estados y su relación con la posibilidad o no de decretar prueba de oficio vía medias para mejor resolver, puede verse el Tribunal Constitucional y su Auto Acordado que regula expresamente y en mucho detalle los llamados trámites posteriores a la vista de la causa de una manera muy clara y acertada, que consideramos disminuye la posibilidad por lo menos de manera teórica de que en dicha jurisdicción incurra en la producción de prueba de oficio de manera posterior a la adopción del acuerdo.

En ese sentido: el artículo 23° de dicho Auto Acordado dispones:

"VIGESIMOTERCERO. - Decisiones que podrá adoptar el Tribunal concluida la vista de la causa. Terminada la vista, el Tribunal podrá pronunciarse sobre las siguientes materias:

- a) Decretar medidas para mejor resolver;
- b) Si cualquier Ministro solicita tiempo para un mayor estudio, se estará a lo dispuesto en el artículo 82 del Código Orgánico de Tribunales, en relación al artículo 17 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional;
- c) Adoptar el acuerdo y a continuación designar al ministro redactor, o
- d) Dejar la causa en acuerdo.

En su caso, el relator deberá certificar el hecho de encontrarse la causa en estado de sentencia, para efectos del cómputo del plazo para su dictación"³¹¹

Paca concluir este capítulo, terminas mencionado que en nuestra opinión, algunos de estos estados son compatible con la ulterior dictación y realización de medias para mejor resolver, lo anterior por cuanto su realización de manera posterior a que el acuerdo este

³¹¹ Artículo 23° del Auto Acordado del Tribunal Constitucional de Chile sobre ingresos, formación de tablas y vista de las causas. Publicado en el Diario Oficial de 3 de diciembre de 2009.

adoptado (c), significaría que la prueba extemporáneamente producida, ingresara a la redacción de la sentencia si es que lo hace, solo a través de la valoración que de ella haga el ministro redactor, eludiéndose entonces respecto de dicho material probatorio la deliberación y valoración colegiada, negándosele a ella y por lo tanto, también a las conclusiones e inferencias que de dicha prueba se haga en la redacción del fallo, de la mayor credencial epistémica derivable de la mayor probabilidad de acierto que es predicable de las definiciones colectivos según lo desarrollado en el presente capítulo.

Dichas falencias no se subsanan en nuestra opinión con el hecho de que los ministros no redactores firmen posteriormente la resolución redactada, porque si bien esto podría constituir una forma tardía de concurrir con su opinión afirmativa respecto de la decisión completa tomada de manera holística, inclusive respecto a las partes de esta que se sustentan en la prueba extemporáneamente producida como medida para mejor resolver con posterioridad a haberse adoptado el acuerdo; lo cual y no nos cansaremos de decirlo constituye una paradoja insoslayable desde el punto de vista de la racionalidad de la decisión sobre las alegaciones de hecho. Esta no es la forma particular y sumamente reglada que el legislador ha predispuesto para la deliberación y votación entre los miembros de los tribunales colegiados.

En el mismo sentido, ya conocemos los efectos que las distintas formas de abordar el proceso de formación de las mayorías al interior de los mismos puede tener, afectando las virtudes epistémicas de la agregación de juicios. Además, desde el punto de vista de la deliberación, esta no parece ser reemplazable por la mera firma ex post de una resolución redactada por uno solo de los ministros que componen el tribunal colegiado, cual contrato de adhesión.

OCURRENCIA DEL PROBLEMA EN LA PRÁCTICA FORENSE

Capítulo VI: El 3º Tribunal Ambiental de Chile, Y la Excelentísima Corte Suprema un caso de estudio.

Ahora, armados de todo lo razonado en esta memoria, invitamos al lector a analizar con nosotros el siguiente caso de estudio, la causa Rol: R-25-2021³¹² caratulada “Inversiones F.K Limitada con Fisco de Chile - Ministerio del Medio Ambiente” en que precisamente se dictó una medida para mejor resolver con posterioridad a la adopción del acuerdo del fallo por parte del 3º Tribunal Ambiental de Chile con asiento en la ciudad de Valdivia. A su vez analizaremos en la causa Rol: 10964-2022³¹³ caratulada " Inversiones F.K Limitada con Tercer Tribunal Ambiental De Valdivia ante la Excelentísima Corte Suprema en que se resolvió un recurso de queja fundado en parte en un capítulo que versa sobre la improcedencia de la dictación de estas medidas para mejor resolver con posterioridad a la adopción de acuerdo del fallo.

Este es el único caso en Chile a la fecha hasta donde tenemos conocimiento , en que la dictación de una medida para mejor resolver que es dictada con posterioridad a la adopción del acuerdo es impugnada y en el que dicha impugnación llega a ser conocida por nuestro tribunal supremo. Le recordamos al lector que en el procedimiento ambiental que la ley 20.600 que crea los tribunales ambientales, contiene en su artículo 29 una norma expresa que le confiere al tribunal la facultad de dictar medidas para mejor resolver una vez vista la causa y dentro del plazo de 30 días, el cual es el mismo que tiene para dictar sentencia.

Además el artículo 6 inciso segundo de la misma ley N° 20.600, dispone mediante remisión expresa que los acuerdo de los tribunales ambientales. se regirán en cuanto fuere aplicable, por el párrafo segundo del título V del Código Orgánico de Tribunales.³¹⁴

³¹² INVERSIONES F.K LIMITADA CON FISCO DE CHILE - MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE: 21-10-2021 (Reclamación. Rol: 25-2021 ante el Tercer Tribunal Ambiental de Chile. Disponible en: <https://causas.3ta.cl/>

³¹³ INVERSIONES FK LIMITADA (TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL DE VALDIVIA): 05-01-2023 ((CIVIL) QUEJA), Rol N° 10964-2022. En Buscador Jurisprudencial de la Corte Suprema (<https://juris.pjud.cl/busqueda/u?b2sq3>). Fecha de consulta: 31-01-2023

³¹⁴ Véase Ley 20.600 en Biblioteca del Congreso Nacional. Ley Chile. en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1041361>

Ahora, hechos los recordatorios de rigor, respecto de la causa ante el 3º Tribunal Ambiental de Chile, esta trataba sobre una reclamación contra un decreto del Ministerio del Medio Ambiente que declaraba parte de un terreno que de propiedad de Inversiones F.K Limitada, en un humedal urbano. A continuación pasaremos de lleno a recapitular las fechas de las actuaciones que nos interesan.

La vista de la causa en cuestión ocurrió el 16. 12. 2021. Con la misma fecha se certificó en el expediente electrónico de la causa, que la misma se dejaba en estudio ante los ministros, Sr. Javier Millar Silva, Sr. Iván Hunter Ampuero y Sra. Sibel Villalobos Volpi, que habían concurrido a la vista. Con fecha 30.12.2021. Se certificó en el expediente electrónico que la causa se encontraba ahora en acuerdo ante los mismos tres ministros que concurrieron a la vista.

Con fecha 31.12.2021 se decretó como medida para mejor resolver, en uso de las facultades que el artículo 29 de la ley 20.600 dispone, la inspección personal del tribunal al sitio objeto de la litis, fijándose como fecha para su realización el día 12.01.2022.

A partir de esta fecha en adelante comienzan las anomalías en la tramitación de la presente causa. En este sentido con fecha 03.01.2023 se certificó en el expediente electrónico la designación del ministro Sr Iván Hunter Ampuero mediante decreto firmado por los ministros Sr. Javier Millar Silva, Sr. Iván Hunter Ampuero, dejándo expresa constancia que la Sra. Sibel Villalobos Volpi pese a haber concurrido al acuerdo no firma el decreto por estar haciendo uso de su feriado legal.

Lo anómalo de la situación anterior es que la designación del ministro redactor es un acto procesal que debe ocurrir con posterioridad a adopción del acuerdo del fallo según lo dispone expresamente el inciso segundo del artículo 85 del Código Orgánico de Tribunales, aplicable al procedimiento de autos en atención a la remisión expresa realiza por inciso segundo del artículo 6 de la ley N° 20.600.

Por lo que estando aún pendiente de ejecución la inspección personal del tribunal decretada como medida para mejor resolver con fecha 31.12.2021 parece imposible que el tribunal tan solo luego de 3 días , cambiaría su decisión sobre la insuficiencia de la prueba

rendida en autos y pasará de un estado de duda respecto a la hipótesis de hecho objeto del litigio Hx (las características naturales del terreno en cuestión y si estas constituyen un humedal urbano en los términos dispuesto por la ley del ramo o no) a adoptar el acuerdo del fallo con presidencia de la prueba decretada de oficio y que tan solo 3 días antes habían manifestado tácitamente mediante la dictación misma de la medida, que les era necesaria para confirmar la hipótesis de hecho Hx u otras³¹⁵.

El acuerdo recordemos sabemos se encuentra adoptado, porque ya existe en el expediente con fecha de 03.01.2023 la constancia del decreto de designación de misma fecha.

Luego con fecha 04.01.2022 se dicta una nueva resolución que modifica la fecha para la realización de la inspección personal del tribunal primitivamente decretada para el 25.01.2022, entregándose por fundamento, nada más que " por razones de buen servicio".

No existe claridad en nuestra opinión sobre si esta resolución constituye una nueva medida para mejor resolver o un ejercicio de la facultad oficiosa que el artículo 181 del Código de Procedimiento Civil otorga a los tribunales para modificar o dejar sin efecto los decretos y autos que haya pronunciado si se hacen valer nuevos antecedentes que así lo exijan, pero por lo menos por todos los litigantes del proceso y el tribunal parece ser tratadas como una nueva medida para mejor resolver que reemplaza a la anterior o como una nueva regulación que regula una medida para mejor resolver³¹⁶.

³¹⁵ Recordemos que por el carácter de meros decretos con el que se suele entender la naturaleza de las medidas para mejor resolver, esta al igual que todas, carece de cualquier fundamentación o motivación expresa en la resolución misma por parte del tribunal , sin perjuicio de lo cual podemos inferir responsablemente que esta se decretó con miras a escapar del estado de duda respecto a una o más hipótesis de hecho, siendo más que claro de los expedientes de la causa que dicha hipótesis no puede ser otra que el antecedente de hecho de cuya confirmación depende la decisión de acoger o no la reclamación contra el decreto del ministerio del medio ambiente que declaró la zona un humedal urbano; las propiedades naturales del predio y si estas son las que la ley del ramo dispone aptas para ser declaradas humedal urbanos por el ministerio del medio ambiente.

Sin perjuicio de lo anterior, nos llama la atención que la resolución de fecha 31.01.2021 que decretó la medida esté firmada por los tres ministros que componen el tribunal, lo que podría darnos una señal o indicio, en atención a lo dispuesto en el artículo 161 del Código de Procedimiento Civil , que para ojos de este tribunal, tal vez la medida para mejor resolver no tiene la naturaleza de decreto, en todo caso esta inferencia es poco fiable porque tan bienes compatible con la hipótesis de que el tribunal la considere un decreto pero simplemente opto por no ejercer la facultad de delegación de la firma en uno solo de sus miembros que el artículo 161 ya mencionado permite facultativamente respecto de los decretos.

³¹⁶ Así se refiere al menos el Consejo de Defensa del Estado a estas resoluciones " que decretan y regulan una medidas para mejor resolver" en su escrito de evacua traslado de fecha 11.01.2022.

Con fecha 5.01.2022, la parte Inversiones F.K deduce recurso de reposición tanto contra la medida para mejor resolver primitiva de fecha 31.12.2022 como contra la segunda de fecha 04.01.2022, por infracción a las normas que rigen los acuerdos de los tribunales colegiados. El fundamento del recurso gira en torno a sustentar que la resolución del asunto controvertido se produce con la adopción del acuerdo quedando solo la materialización de dicha decisión en la sentencia física mediante su redacción la cual debe ceñirse al contenido del acuerdo.

La recurrente de reposición insiste en que el acuerdo fue adoptado en autos con fecha 31.12.2022 como es apreciable de la designación del ministro redactor el cual siempre constituye un trámite posterior al acuerdo. Por último, sustenta su argumentación en base a jurisprudencia del Tribunal Constitucional³¹⁷ que pronunciándose respecto de la inadmisibilidad de un requerimiento de inaplicabilidad, ha declarado que no hay gestión pendiente si está ya se encuentra en acuerdo.

Si bien "en acuerdo" es la voz empleada por el Tribunal Constitucional en esta ocasión, nosotros según lo ya explicado previamente en esta memoria preferimos los terminos más precisos, "con acuerdo adoptado" o con "acuerdo producido"; lo anterior por cuanto el juicio en que se solicitaba surtirá efecto la inaplicabilidad, ya se había designado ministro redactor. Sin perjuicio de este error lingüístico que puede resultar en fatales confusiones; la cita de la sentencia del Tribunal Constitucional por el recurrente de reposición es muy interesante y atingente, sobre todo en el siguiente aspecto extraíble de un fragmento del considerando 11º: "de existir una gestión pendiente en el sentido de que esta tenga la aptitud para que la eventual declaración de inaplicabilidad solicitada sea pertinente"³¹⁸.

³¹⁷ STC, de 7 de agosto de 2017, Rol N°3692-17-INA, considerandos. 10º. y 11º "En lo concerniente al recurso de apelación del incidente de nulidad procesal intentado por la parte requirente de estos autos, se informa que éste se encuentra en estado de acuerdo desde el pasado 25 de julio de 2017, ante la Primera Sala de la Corte de Apelaciones de Temuco;

11º. Que, de lo anterior se colige que no se cumple con el esencial requisito de existir una gestión pendiente en el sentido de que ésta tenga la aptitud para que la eventual declaración de inaplicabilidad solicitada sea pertinente. Así, la acción constitucional deducida, en que se impugnan las normas que disponen las formas en que debe practicarse la notificación en materia tributaria, no puede prosperar, en virtud del avanzado estado de tramitación no sólo del incidente de nulidad planteado, sino que, en necesario corolario, del cuaderno de apremio que le sirve de sustento.

³¹⁸ Ibid.

La misma ratio que subyace a la sentencia del Tribunal Constitucional es empleada por el recurrente de reposición, en este sentido, Inversiones F.K sostiene que estando ya tomada la decisión final sobre el pleito, por encontrarse la causa con acuerdo adoptado, es incapaz de incidir en el la prueba que se pretende producir mediante la inspección personal del tribunal decretada como medida para mejor resolver, la cual se ha vuelto por lo tanto impertinente, las medidas insiste la recurrente solo podrían decretarse, producirse y valorarse por el tribunal mientras este siga a la espera de adoptar su decisión final sobre asunto, mas no si el acuerdo del fallo ya ha sido acordado.

Con fecha 07.01.2022 el Tercer Tribunal ambiental da traslado del recurso de reposición al Consejo de Defensa del Estado. Con fecha 11.01.2022 el C.E.D evacua su traslado señalado simplemente 12.01.2022 que la reposición debe ser rechazada por cuanto en su interpretación del artículo 29 de la ley 20.600, es precisamente dentro del plazo 30 días desde la vista de la causa, es decir dentro del plazo para dictar sentencia, el momento en que el tribunal está habilitado para decretar medidas para mejor resolver, estado procesal que el C.E.D iguala u homóloga al uso, "en estado de acuerdo", voz que podría estar refiriéndose tanto al estado previo como al posterior a la designación del ministro redactor, es decir tanto a un estado de deliberación debate y votación como a uno en que ya se ha logrado mayoría legal de los votos tanto en lo resolutivo del fallo con en a lo menos un fundamento del mismo según lo dispuesto en el artículo 85 inciso primero del Código Orgánico de Tribunales ya que el C.E.D no lo deja claro.

Nuestra opinión; tanto por la nomenclatura favorecida por nosotros en esta memoria como por el hecho de que sería muy forzado interpretar el escrito del C.E.D como si estuviera inconscientemente de acuerdo con la recurrente de reposición; es que debemos interpretar el uso del término " en estado de acuerdo" como significando aquel estado posterior a la vista de la causa en que los ministros deliberan y votan los puntos de hecho y derecho en los que se descompone el litigio para efectos de formular su resolución, distinto del estado de "acuerdo adoptado" que supone el fin del proceso de construcción colectiva de la resolución por haber sido esta adoptada en cumplimiento de los requisito legales que establece el artículo 84 del Código Orgánico de Tribunales. Por último, el C.E.D termina su presentación destacando que, en su opinión, el límite de tiempo fijado por el plazo de 30 días que dispone el artículo 29 de la ley 20.600 es el único límite relevante en el ejercicio del poder probatorio oficioso por el tribunal

Con fecha 12.01.2023, Inversiones F.K presenta un escrito solicitando se tenga presente para resolver la reposición lo dispuesto en el numeral 7° del Auto Acordado S/N de la Excma. Corte Suprema, de 1963³¹⁹, que Establece instrucciones respecto de documentos y expedientes que las Cortes de Apelaciones ordenan traer a la vista y diligencias para mejor resolver que decreten los tribunales: " [...] los tribunales deben de abstenerse de disponer la práctica de diligencias para mejor resolver que no sean indispensables para el acierto del fallo".

En este orden de cosas, se refuerza el argumento de la recurrente de reposición, basados en los límites legales que las normas que rigen los acuerdos de los tribunales colegiados y ahora esta disposición de un A.A de la Excelentísima Corte Suprema, suponen para el ejercicio válido de la potestad más o menos discrecional que le permite al tribunal ambiental dictar medidas para mejor resolver. Dichos límites en nuestra opinión pueden resumirse en la idea de que las medidas solo pueden dictarse, producirse y valorarse con anterioridad a la adopción del acuerdo, por cuanto con posterioridad a este, ellas no tiene capacidad o pertinencia para incidir en la decisión final ya tomada, tornándose la dictación y realización de las mismas en innecesaria, lo que por definición implica,, no imprescindible al tenor del A.A citado, por lo que a las consideraciones de legalidad en las que se sustentaba el recurso, se suman ahora cuestiones basadas en la salvaguarda del principio de economía procesal, que proscriben la realización de actuaciones inútiles.

También se argumenta por inversiones F.K en este escrito que las medias vulneran el artículo 8 de la Constitución Política de la República por encontrarse manifiestamente no justificadas, pero sin abordar el requisito esencial para que tal argumento sea válido, justificar porque la resolución que decreta una medida para mejor resolver no sería un decreto.³²⁰ y; que el propio 3° Tribunal Ambiental, considera según un glosario jurídico subido por el órgano a

³¹⁹ Auto Acordado S/N de la Excma. Corte Suprema, de 1963, que: "Establece instrucciones respecto de documentos y expedientes que las Cortes de Apelaciones ordenan traer a la vista y diligencias para mejor resolver que decreten los tribunales". Biblioteca del Congreso Nacional. Ley Chile disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?i=1084099&f=1963-08-12>

³²⁰ Este podría haber sido una arista interesante del debate jurídico objeto de esta reposición, incluso se podría haber empleado referencias a la postura de Piedrabuena. Richards. Ricardo. Op. Cit p 120, donde sostiene que la naturaleza de las medidas para mejor resolver es el de una sentencia interlocutoria de segundo grado, por cuanto resuelve un trámite que sirve para el pronunciamiento de una sentencia definitiva. Este tipo de resoluciones tiene una exigencia legal explícita de ser fundadas según lo dispuesto en el artículo 171 del CPC

YouTube con el fin de explicar términos jurídicos a los ciudadanos, que el término "en acuerdo" significa que se ha arribado a una decisión sobre la causa.³²¹

Con fecha 24.01.2022 el Tribunal falla el recurso de reposición, rechazándolo. Los argumentos que esgrime los reproducimos a continuación " [..]Si la causa queda en estado de "estudio" es precisamente porque no existe acuerdo entre los ministros y, en consecuencia, no puede comenzar a computarse el plazo para dictar sentencia. Por tanto, si para la redacción la sentencia resulta indispensable y necesario que antes se haya alcanzado el acuerdo, es a partir de su certificación en que se inicia el cómputo del plazo de 30 días, y "sólo dentro de este plazo el Tribunal podrá dictar de oficio medidas para mejor resolver".

Que, bajo la interpretación de la reclamante, en caso (de)³²² alcanzarse un acuerdo inmediato luego de la vista de la causa, a pesar de que comienza a computarse el plazo para dictar sentencia, no podrían dictarse medidas para mejor resolver, y en caso de quedar en estudio luego de la vista, a pesar de que no comienza a computarse el plazo para dictar sentencia, si podrían dictarse. Esta interpretación, no es posible sostenerla sin violar el tenor literal del art. 29 inciso final de la Ley N° 20.600, que establece expresamente que estas medidas sólo podrán decretarse dentro del plazo para dictar sentencia, plazo que no puede comenzar a computarse, sino desde que se haya alcanzado un acuerdo. Tratándose entonces de una regla especial, cuyo tenor literal es claro, todas las alegaciones acerca de la jurisprudencia, los autos acordados sobre forma de los acuerdos y la imposibilidad de que la fundamentación de la medida esté referida al acuerdo, son inoficiosas.³²³

Los argumentos del tribunal son extremadamente deficientes en mi opinión: i) ya que confunden los estados de " en acuerdo" y "con acuerdo alcanzado". ii) Considera que el término para dictar sentencia no se inicia con la citación para oír sentencia o la vista de la causa sino que con la adopción del acuerdo, lo que lleva a la conclusión de que solo una vez resuelta la causa e

³²¹

Véase: (<https://www.youtube.com/c/3tacl/videos>)

³²² La ausencia de la preposición "de" es un mote de la resolución que se cita textual.

³²³ INVERSIONES F.K LIMITADA CON FISCO DE CHILE - MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE: 21-10-2021 (Reclamación. Rol: 25-2021 ante el Tercer Tribunal Ambiental de Chile. Disponible en: <https://causas.3ta.cl/>)

iniciado el proceso de redacción comienza a correr el plazo, iii) bajo esta interpretación, solo una vez resuelta la causa, es decir con acuerdo adoptado, podría un tribunal colegiado decretar medidas para mejor resolver, lo que constituye un oxímoron; iv) y por último, bajo esta interpretación formulada por el propio tribunal ambiental, la dictación de la medida para mejor resolver primitiva de fecha 31.12.2022 se realizó fuera del momento procesal oportuno, 3 días antes de que se adoptará el acuerdo.³²⁴

Con fecha 12.01.2022, se realiza la inspección personal decretada. Con fecha 31.03.2022 se notificó a las partes la sentencia definitiva en que se rechazó en mérito de la prueba de inspección personal, la reclamación contra el decreto del ministerio del medio ambiente que decretaba una zona un humedal urbano incoada por Inversiones F.K.

Contra los ministros del Tercer Tribunal Ambiental de Chile que dictaron dicha sentencia Inversiones F.K dedujo recurso de queja para ante la Excelentísima Corte Suprema con fecha 7.04.2022. consistente en múltiples capítulos, pero en el que nos interesa a nosotros concerniente a la infracción a las normas que rigen los acuerdos de los tribunales colegiados, en el que se reprodujeron los argumentos esgrimidos durante la discusión del recurso de reposición contra la medida para mejor resolver.

Con fecha 5.01.2023 se notificó a las partes la sentencia que rechazó el recurso de queja incoado. Dicha sentencia trató lo relativo al capítulo tercero de la queja, que versaba sobre la infracción a las normas que rigen los acuerdos de los tribunales colegiados en sus considerandos 7º a 10º que reproducimos para el lector a continuación.

"Séptimo: Que, por motivos de orden, se analizará en primer lugar aquella grave falta o abuso relativa a la infracción de las normas que regulan los acuerdos adoptados en tribunales colegiados.

³²⁴ La forma correcta de resolver la cuestión sobre las medidas para mejor resolver y el cómputo del plazo para dictar sentencia creemos se encuentra correctamente resuelto en la obra de Piedrabuena Richard, Guillermo. (1960). "*Las medidas para mejor resolver como institución común a todo procedimiento civil*". Editorial Jurídica de Chile, Santiago. pp 108-109. Quien plantea que siguiendo a la solución española, artículo 342 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el plazo principia con la citación a oír sentencia o vista de la causa en segunda instancia, pero se suspende sin perderse los días ya transcurridos con anterioridad a la dictación de una medida para mejor resolver, reanudándose el mismo una vez la medida se cumple.

Sobre el particular, el artículo 83 del Código Orgánico de Tribunales, dispone: “En los acuerdos de los tribunales colegiados, después de debatida suficientemente la cuestión o cuestiones promovidas, se observarán las reglas siguientes para formular la resolución:

1º) Se establecerán primeramente con precisión los hechos sobre que versa la cuestión que debe fallarse, sin entrar en apreciaciones ni observaciones que no tengan por exclusivo objeto el esclarecimiento de los hechos;

2º) Si en el debate se hubiere suscitado cuestión sobre la exactitud o falsedad de uno o más de los hechos controvertidos entre las partes, cada una de las cuestiones suscitadas será resuelta por separado;

3º) La cuestión que ya hubiere sido resuelta servirá de base, en cuanto la relación o encadenamiento de los hechos lo exigiere, para la decisión de las demás cuestiones que en el debate se hubieren suscitado;

4º) Establecidos los hechos en la forma prevenida por las reglas anteriores, se procederá a aplicar las leyes que fueren del caso, si el tribunal estuviere de acuerdo en este punto;

5º) Si en el debate se hubieren suscitado cuestiones de derecho, cada una de ellas será resuelta por separado, y las cuestiones resueltas servirán de base para la resolución de las demás; y

6º) Resueltas todas las cuestiones de hecho y de derecho que se hubieren suscitado, las resoluciones parciales del tribunal se tomarán por base para dictar la resolución final del asunto”.

A su vez, el artículo 85 del mismo cuerpo normativo, señala, en lo pertinente: “Se entenderá terminado el acuerdo cuando se obtenga mayoría legal sobre la parte resolutive del fallo y sobre un fundamento, a lo menos, en apoyo de cada uno de los puntos que dicho fallo comprenda.

Obtenido este resultado, se redactará la resolución por el ministro que el tribunal señalare, el cual se ceñirá estrictamente a lo aceptado por la mayoría”.

Por su parte, el artículo 29 de la Ley N° 20.600 preceptúa en su inciso final: “Concluida la vista de la causa quedará cerrado el debate y el proceso en estado de dictarse sentencia, la que deberá pronunciarse dentro del término de treinta días. Sólo dentro de este plazo el Tribunal podrá dictar de oficio medidas para mejor resolver”.

Octavo: Que de la transcripción anterior fluye que, tal como señala la quejosa, la adopción del acuerdo implica que se hubiere tomado una decisión en relación con la resolución y, a lo menos un fundamento en apoyo a cada uno de esos puntos.

Sin embargo, lo anterior no significa que tal decisión sea inamovible o, en otras palabras, que dentro del plazo para la redacción de la sentencia ella no pueda ser revisable, por cuanto dicha inamovilidad se logra únicamente cuando el fallo es dictado, esto es, firmado por todos los miembros del acuerdo y notificado a las partes, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 182 del Código de Procedimiento Civil.

Noveno: Que, a mayor abundamiento, de la lectura de la sentencia dictada por los jueces recurridos, queda en evidencia que la inspección personal del tribunal, practicada como medida para mejor resolver, sirvió únicamente para ratificar el contenido de los antecedentes que ya se encontraban en el proceso, como son los informes acompañados por el municipio en su solicitud de declaración de humedal urbano y aquellos esgrimidos por el Ministerio del Medio Ambiente para acceder a tal petición³²⁵.

En este sentido, no se trató, como indica la recurrente, de un antecedente probatorio determinante para la resolución del procedimiento, sino solamente de uno que vino a confirmar aquello que ya se había obtenido de la documental aportada en el proceso, de modo que no se observa una grave falta o abuso al momento de considerar las conclusiones obtenidas de los hechos apreciados en la citada inspección personal³²⁶.

En nuestra opinión la sentencia de nuestro tribunal supremo en lo que respecta a este capítulo del recurso de queja es lamentable e inadecuada y si bien mucho se podría comentar al respecto, creo que lo más lamentable es lo que señala en el párrafo segundo su considerando 8º en nuestra opinión. Considerar que el contenido del acuerdo del fallo es revisable en la fase de redacción de la sentencia hasta que la redacción final del proyecto de fallo sea firmada por todos los ministros que concurrieron a su acuerdo.

³²⁵ Respecto de la argumentación de la Corte en este considerando, nos parece que inadvertidamente tratando de explicar la intrascendencia de la falta o abuso que los quejosos le atribuyen al proceder de los ministros del 3º Tribunal Ambiental, termina por reconocer que la medida para mejor resolver no era "imprescindible" al tenor de lo prescrito en numeral 7º del Auto Acordado S/N de la Excm. Corte Suprema de 1963.

³²⁶ INVERSIONES FK LIMITADA (TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL DE VALDIVIA): 05-01-2023 ((CIVIL) QUEJA), Rol N° 10964-2022. En Buscador Jurisprudencial de la Corte Suprema (<https://juris.pjud.cl/busqueda/u?b2sq3>). Fecha de consulta: 31-01-2023.

Lo anterior por cuanto en primer lugar supone una interpretación que no se cargó del tenor literal de las normas que interpreta, en este sentido, nos preguntamos ¿porque el inciso segundo del artículo 85 del Código Orgánico ordena en términos imperativos al ministro redactor a ceñirse estrictamente al contenido de lo aceptado por la mayoría, si tal contenido carece de toda relevancia y es mutable en cuestiones de fondo y no solo mera redacción hasta la firma del proyecto por todos los ministros? ¿Si el legislador no contempló la posibilidad de que un tribunal colegiado deje sin efecto su primer acuerdo y celebre todos los adicionales que quiera?, ¿Es compatible esta forma de proceder con el principio de legalidad?

En segundo término, si por el contrario no se considera que se está dejando sin efecto el acuerdo primitivo y celebrando un segundo distinto, sino que se entiende por la corte que meramente se están resolviendo problemas de redacción que el resto de los ministro tengan con el lenguaje usado por el ministro redactor a la hora de materializar la decisión adoptado en el acuerdo.

Creemos que esto supone a su vez una insostenible extensión del sentido natural y obvio de la norma del inciso tercero del artículo 85 del mismo cuerpo legal, la cual permite a los ministros que concurrieron al acuerdo del fallo resolver por la mayoría de sus miembros las dificultades acerca de la redacción que se suscite. Agregar nuevos elementos fácticos de juicio, mediante una medida para mejor resolver, y volver a valorarlos los anteriores no es lo mismo que modificar la redacción del proyecto de texto de sentencia que el ministro redactor presenta a sus colegas, es derechamente fallar nuevamente la causa.

Lo anterior implica ignorar la importantísima distinción entre la sentencia como un acto jurídico procesal, con la sentencia como documento. Al respecto el difunto decano de la Escuela de Derecho de la Universidad de Chile nos enseña: " La sentencia es un acto jurídico procesal y, al mismo tiempo, el documento en el cual se consigna. Como acto, la sentencia es aquel que emana de los agentes de la jurisdicción y mediante el cual deciden la causa o el punto sometido a su conocimiento. Como documento, la sentencia es la pieza escrita, emanada del tribunal, que contiene el texto de la decisión emitida".³²⁷

³²⁷ Pacheco Gómez. Máximo y Fuentealba Hernández. Álvaro. (2021) "Teoría del Derecho " Ediciones Jurídicas de Santiago. Sexta Edición Actualizada. pp 288.

Y en tercer y último lugar, por cuanto mediante este fallo la Corte, le resta aplicación a las normas que rigen los acuerdos de los tribunales colegiados y abre la puerta a una mayor discrecionalidad y amplitud en la dictación de medidas para mejor resolver.

Lo anterior, con total ignorancia creo yo, de la importante función que dichas normas desempeñan en la organización del proceso de construcción del juicio lógico colectivo que supone la adopción del fallo por un tribunal colegiado en una forma particularmente reglada que tiende a que se produzcan las virtudes que la colegialidad implica y que son deseadas por el legislador al diseñar este tipo de órganos jurisdiccionales colegiados.³²⁸

Y a su vez, con total ignorancia de los riesgos para la garantía a ser juzgado por un tribunal imparcial que dicha apertura o condonación en el uso de estas con posterioridad a la adopción del acuerdo conlleva. El recurso a una interpretación a *contrario sensus* del artículo 182 del Código de Procedimiento Civil creemos no es suficiente para que de ahí se siga la licitud de dictar medidas para mejor resolver con posterioridad a la adopción del acuerdo e incorporar sus resultados probatorios en la etapa de redacción de la sentencia documento o de la posibilidad de

³²⁸ La corte pasa por alto que en el caso "sub-lite" es especialmente grave el hecho de que en el uso de la facultad que consagra el artículo 405 del Código de Procedimiento Civil, solo un ministro de los tres que integraban el 3º Tribunal Ambiental realizó la inspección personal decretada como medida para mejor resolver, el mismo que fue designado como ministro redactor. Teniendo en cuenta el secreto que rige en materia de acuerdos de los tribunales (artículo 81 del COT), no es posible saber con certeza si realmente se celebró un segundo acuerdo que modificó el primero una vez ya realizada la inspección personal, cuestión que presume la Corte Suprema, o si por el contrario esta prueba ingreso de manera ilícita y oblicua a la decisión, es decir sin nueva valoración, deliberación y votación por parte de los tres ministros del 3º Tribunal Ambiental, sino solo y directamente ya con el proceso de redacción en curso, lo que conlleva la transformación en los hechos, por lo menos respecto de la valoración de este medio de prueba del tribunal en un tribunal unipersonal. De ser efectivo este funesto escenario, solo el redactor habría valorado dicha prueba. Lo que además de vulnerar el principio de legalidad, deja estériles los objetivos perseguidos por el artículo 2 de la ley 20.600 al crear los Tribunales Ambientales como tribunales colegiados con composición mixta de abogados y profesionales del área de las ciencias naturales con especialización en el área medioambiental. Todo esto debería invitarnos a reflexionar tanto sobre la justificación y alcance de la prerrogativa de secreto que en materia de acuerdos existe y la conveniencia de la norma de diputación de la inspección personal cuando el tribunal colegiado tiene una composición mixta.

celebrar múltiples acuerdos dejando sin efectos los anteriores e incorporando nueva prueba entre uno y el siguiente, por mucho que el desasimiento del tribunal no se haya producido aun.

Me imagino que, si los recurrentes de queja hubieran ampliado sus horizontes, más allá de los problemas de legalidad y de economía procesal, a estos tópicos (epistemología e imparcialidad), tal vez podrían haber fallado de manera diferente los ministros de nuestro máximo tribunal, aunque tal vez soy demasiado optimista.

En todo caso, cualquier nuevo intento por definir la forma armónica en que ambas instituciones (medidas para mejor resolver y procedimiento de adopción del acuerdo en los tribunales colegiados)deben coexistir en su aplicación en el día a día requiere como piso mínimo en nuestra opinión, que se logre establecer un significado compartido para las distintas voces con la que, de manera imprecisa, litigantes particulares, el fisco y los tribunales se refieren en estrados todos los días a las distintas etapas que conlleva la construcción de la decisión jurisdiccional colectiva en este tipo de tribunales. El criterio adoptado por el Artículo 23° del Auto Acordado del Tribunal Constitucional de Chile sobre ingresos, formación de tablas y vista de las causas. Publicado en el Diario Oficial de 3 de diciembre de 2009, nos parece un excelente lugar de partir.

CONCLUSIÓN Y SOLUCIONES SISTÉMICAS

CAPITULO VII

La Preclusión Procesal Una Solución Hermenéutica y Legislativa.

Teniendo a la vista, uno, el especial riesgo que la dictación de una medida para mejor resolver, implica para la garantía a ser juzgado por un tribunal imparcial; dos, como el mismo tipo de actuación supone a la vez una vulneración a la legalidad de la actuación del órgano jurisdiccional al violar mediante la aportación de prueba *ex officio* con posterioridad a la adopción del acuerdo, el procedimiento especialmente dispuesto por el legislador en las normas que rigen los acuerdos de los tribunales colegiados y que constituyen un límite para la actuación válida de este tipo de tribunales en el ejercicio de la potestad jurisdiccional según lo dispuesto en el artículo 7 de la Constitución Política de la Republica; y tres, como lo anterior a la vez puede afectar la capacidad particular que el elemento colegiado puede aportar para el mejor acierto de la decisión sobre los hechos.

Planteamos como una solución posible, mientras sigan dentro de nuestro ordenamiento jurídico estas particularmente problemáticas facultades de producción de prueba de manera oficiosa justo antes del fin del pleito, es que proponemos dos posibles alternativas de soluciones:

i) Una reforma legal que modifique el Código Orgánico de Tribunales en su título V párrafo segundo, sobre " Los Acuerdos de las Cortes de Apelaciones" que agregue a su artículo número 85 la siguiente oración: "desde el momento en que se deje constancia en autos de la designación del ministro redactor mediante el decreto firmado del que trata el inciso precedente, no se podrá decretar ninguna medida para mejor resolver. Cualquier resolución que contravenga esta norma se tendrá por no decretada.

ii) Los mismo fines son obtenibles en nuestra opinión, sin la necesidad de la reforma al Código Orgánico de Tribunales, si desde la academia y desde la judicatura existe un cambio en la forma de interpretar y aplicar las normas que regulan la dictación de medidas para mejor resolver y las normas que rigen los acuerdos de los tribunales colegiados. Un interpretación armónica entre ambas que considere que la facultad para dictar las medidas precluye procesalmente, con

independencia de que todavía no haya expirado el plazo para dictar sentencia, una vez que el acuerdo ha sido adoptado, el ministro redactor designado y dichos eventos han sido comunicados a las partes.

Por último y sin importar cuál de las dos opciones se prefiera emplear, también consideramos necesario, modificar el artículo 162 del Código Orgánico de Tribunales, a efectos de establecer que el termino para dictar sentencia se suspenda hasta por una vez cuando dentro del mismo se dicta una medida para mejor resolver, debiendo reanudarse el computo del mismo, solo una vez que la medida haya sido cumplida o se venza el plazo para su cumplimiento. La anterior propuesta de modificación legislativa se basa en el diagnóstico que desde mediados del siglo pasado hiciera Guillermo Piedrabuena Richards en su famosa memoria de prueba, llamando a importar la solución adoptada al respecto en la Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 1881 en su artículo 342.

La anterior solución evitará que el plazo para dictar sentencia se venza estando pendiente el cumplimiento de la medida, lo que es de toda justicia porque estando pendiente la medida el tribunal no está en posibilidad de adoptar el fallo y por lo demás de vencer el plazo mientras que la medida se encuentra pendiente de cumplimiento, el tribunal se vería obligado a resolver sin ella en términos idénticos a la valoración y aplicación de estándar probatorio que ya ha realizado para determinar con anterioridad la necesidad de la dictación de la medida, lo que acarrea un instancia de prejuizamiento con la correlativa afectación a la imparcialidad del juzgador que esta implica.

Esas son todas las soluciones que por el momento nos atrevemos a ensayar, esperamos haber mostrado al lector lo problemática de esta anómala situación de ejercicio de un poder material de producción de prueba por parte de los tribunales colegiados con posterioridad a que la decisión haya sido acordada.

Esperamos haber aportado a un mayor entendimiento de la prueba de oficio y sus riesgos tomando una postura ojalá novedosa dentro del enorme mar de voces que componen el debate entre "Garantismo-Publicismo". También confiamos en que algún aporte hemos logrado al tratar sobre las posibles virtudes de la colegialidad, tema con casi nula exploración en Chile. Por ultimo esperamos haber demostrados como en definitiva el uso en circunstancias anómalas

de una herramienta problemática como los son las medidas para mejor resolver, pero cuyos fines consideramos loables, puede terminar comprometiendo no solo los mismos fines que con ella se pretendía alcanzar, sino que además y de manera especialmente intensa se puede terminar vulnerando otros bienes muy preciados entre nosotros, como lo es la garantía fundamental a ser juzgado por un tribunal imparcial.

Respecto a otras posibles virtudes de la colegialidad en materia jurisdiccional, además de la tratada en este trabajo pero que cumplimos con mencionar, por ejemplo; como la colegialidad afecta la calidad de la decisión producto de la deliberación entre pares epistémicos y como la estructura colegiada puede llegar a mitigar la arbitrariedad judicial mediante el control horizontal intra-tribunal que ejercen sobre sus colegas los miembros de un tribunal colegiado, son preguntas profundas y de radical importancia que nos quedan pendientes para futuros trabajos de investigación pero sobre los que desde ya invitamos a abordar a todos quienes tienen inquietud por el derecho y especialmente el derecho procesal.

Fin.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguiló. Regla. Josep. (2009). «"Imparcialidad y Concepciones del Derecho" .» *REVISTA JURÍDICAS* ISSN 1794-2918 Vol. 6 No. 2. julio - diciembre, 2009 Manizales - Colombia. pp27-45. 27-35.
- Alessandri. Fernando. (1940). Santiago: Universidad de Chile, Facultad de Derecho. VI. *Apuntes de derecho procesal: comentarios al Código Orgánico de Tribunales*. . Santiago: Universidad de Chile, Facultad de Derecho. VI.
- Almudena. Angulo. Teresa. (2015). " *Las diligencias finales y la iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*" *Memoria para optar al grado de doctor por la Universidad Complutense de Madrid*. Madrid.: Biblioteca. Facultad de Derecho.
- Álvarado. Velloso. Adolfo. (2006). *Garantismo procesal versus prueba judicial oficiosa*. Rosario. Argentina: Editorial Juris.
- Alvarado. Velloso. Adolfo (2011). " *Formación de las mayorías en los tribunales colegiados*" . Talca: Revista Ius et Praxis, Año 17, No 1, 2011, pp. 271 - 280 ISSN 0717 - 2877 Universidad de Talca - Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.
- Alvarado. Velloso. Adolfo. (2015). «"La Imparcialidad Judicial y el sistema inquisitivo de juzgamiento". .» *Texto basado en la ponencia en el XXVI Congreso Nacional Colombiano de Derecho Procesal*. Bogotá. Septiembre de 2015. Bogota.
- Barbeiro. Sergio José. (2009) " La Imparcialidad judicial" en "Activismo y Garantismo Procesal" obra colectiva coordinada por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Ediciones de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba Volumen XLVII 1ª ed. ISBN 9789-987-1123-52-0. Córdoba. Argentina.
- Barbosa. Juan Carlos. (1985). «A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes da direção ena instrução do processo.» *En Revista de proecssso* N° 37 Año X.

Bermúdez. Jorge. (1999) "*Principio de Legalidad y Nulidad de Derecho Público en la Constitución Política*" Revista de Derecho Público/ Vol. 70.

Bordali. Salamanca. Andrés. El derecho fundamental a un tribunal independiente e imparcial en el ordenamiento jurídico chileno. (2009). «Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso [online]. 2009, n.33.» Último acceso: 14 de 11 de 2022.

Bordalí. Andrés. (2007). *Los poderes del juez civil, en De la Oliva Santos - Palomo Vélez (coordinadores), Proceso Civil. Hacia una nueva justicia civil* . Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Botto. Oakley. Hugo. (2001). «La inconstitucionalidad de las medidas para mejor resolver",.» *Fallos del Mes* (Fallos del Mes).

Bravo. Lira. Bernardino. (1983). « Los Comienzos de la Codificación en Chile La Codificación Procesal" .» *Revista Chilena de Historia del Derecho* N° 9. pp 191-210.

Cáceres. Palavecino. Claudio. (2011). « El Retorno Del Inquisidor. Las Potestades Judiciales En Materia Probatoria En El Procedimiento Laboral Chileno".» *Revista Latinoamericana de Derecho Social* Núm. 13, julio-diciembre de 2011 pp. 117-140.

Cáceres. Palavecino. Claudio. (2011). «Sistemas Procesales e Ideologías .» *Derecho y Humanidades* ISSN 0726-9825 N° 17, 2011. p20.Cáceres. Palavecino. Claudio (2011) "*Sistemas Procesales e Ideologías* "en *Derecho y Humanidades* ISSN 0726-9825 N° 17, 2011.

Chapman. Bruce. (2002). "*Rational Aggregation*". . *Politics Philosophy & Economics* 1 (3): 337-54. <https://doi.org/10.1177/1470594x02001003004>.

Carvajal. Ramírez. Diana María. (2009). "*La prueba de oficio una perspectiva para el proceso dialógico civil*. Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Casarino Viterbo, Mario. (2021). *Manual de derecho procesal civil tomo I* . Santiago de Chile: Edit. Jurídica.

Casarino Viterbo. Mario. (2009). "Manual de derecho procesal civil tomo IV". Santiago de Chile:: Editorial. Jurídica. Disponible en: <https://app-vlex-com.uchile.idm.oclc.org/#WW/vid/314194366> p123.

Chávez. Chávez. Eric Andrés. (2021). "Derecho Procesal Orgánico y Funcional" Tofulex Ediciones Jurídicas. Octava Edición.

Chunga Hidalgo. Laurence. (2014). «El derecho al juez imparcial y el conocimiento previo del thema decidendi como causal de inhibición.» *Studylib.es* . <https://studylib.es/doc/5538932/el-derecho-al-juez-imparcial-y-el-conocimiento-previo-del...>

Cipriani. Franco. (2002). «Il processo civile italiano tra efficienza e garanzie.» *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*" (núm. 4 del año 2002).

Corvalán. Meléndez. Jorge. y Castillo Fernández. Vicente. (1951). "Derecho procesal indiano". . Santiago: Memoria de Licenciatura Facultad de Ciencias jurídicas y Sociales U de Chile. Jurídica de Chile, 1951. p156.

Croce Pecchi. Carlos. (1975). *La participación del juez en el proceso civil. Su aplicación al CPC chileno*. Ciudad de Mexico: Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Nueva Serie, año VIII, nº24.

Ezurmendia. Álvarez. Jesús. (2022). *Diseño Institucional y Modelo de Justicia Civil Simbiosis Orgánica y Funcional" en Principios de Justicia Civil*. España. : Bosch Editor. España.

Farrell. Martin D. (2003). "La argumentación de las decisiones en los tribunales colectivos". . Revista Jurídica Argentina La Ley. 2003-F.

Ferrer. Beltrán. Jordi. (2007). " *La valoración racional de la prueba*". Madrid: Marcial Pons.

Ferrer. Beltrán. Jordi. (2017). «Los poderes probatorios del juez y el modelo de proceso"» *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho* Número 36 (2017) | ISSN: 1138-9877 | 10.7203/CEFD.36.10632 Publicado el 27.12.2017. Disponible en: <https://www.r>

- Guridi. Exeberría. José Francisco. (2003). *Las facultades judiciales en materia probatoria en la LEC*. España: Tirant lo Blanch.(coordinador), Aroca. Montero. Juan. 2011. *Proceso Civil e Ideología. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos, Moción de Valencia 2006 Declaración de Azul 2008. 2ª Edición*. Valencia : Tirant Lo Blanch.
- Hanisch. Espíndola. Hugo. (1982). "Contribución al estudio del principio y de la práctica de la fundamentación de las sentencias en Chile durante el siglo XIX" Universidad de Chile. Disponible en: .» <http://www.rehj.cl › rehj › article › viewFile>.
- Hierro. Sanchez. Luis Alberto (2021). *Los debates ideológicos sobre los poderes del juez civil en materia probatoria. Breves reflexiones sobre el modelo de juez cubano*. Cuba: Revista Derechos en Acción Año 6/No 19 Otoño 2021 .
- Hunter. Ampuero. Iván. (2011). «Rol Y Poderes Del Juez Civil: Una Mirada Desde La Eficiencia Del Proceso".» *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte Sección: Estudios Año 18 - No 2, 2011* pp. 76-81.
- Hunter Ampuero. Iván. (2020). *Rol de Juez Prueba y Proceso*. Santiago: Der Ediciones Limitada.
- Kornhauser. Lewis A. y Lawrence G. Sager. (1986). "*Unpacking the Court*". . New Heaven: The Yale law journal 96 (1): 82. <https://doi.org/10.2307/796436>.
- Kornhauser, Lewis A., and Lawrence G. Sager. (1993). "*The One and the Many: Adjudication in Collegial Courts*." . California: California Law Review 81, no. 1 (1993): 1-59. <https://doi.org/10.2307/3480783>.
- Liebman. Tulio. (1960). "*Fundamento del Principio Dispositivo*" . Revista di Diritto Procesuale n°4 pp 551 y ss.
- Martínez. Alcubilla. Marcelo. (1885). «Códigos Antiguos de España. Las Siete Partidas.» *Biblioteca Digital de la Universidad de Chile*. https://uchile.primo.exlibrisgroup.com/permalink/56UDC_INST/llitqr/alma991000991659703936p.

Monteleone. Girolamo. (2003). «Principios e ideologías del Proceso Civil: Impresiones de un "revisionista" .» *Revista Trimestrale Di Diritto E Procedura Civile*. Pp 575-582.

Monteleone. Girolamo. (2005). «"El Actual Debate Sobre Las <<Orientaciones "Publicísticas">> Del Proceso Civil". Traducción al español de José Luis Gabriel Rivera.» *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, 2005, num 7, pp. 223-246.

Osorio. Gaete. Diego. (2022). "Las Facultades de Oficio del Juez: Una alternativa para superar los tiempos de crisis de la justicia civil" en *Principios de Justicia Civil dirigido por Jesús Ezurmendia Álvarez*. España: Bosch Editor.

Pacheco Gómez. Máximo y Fuentealba Hernández. Álvaro. (2021) "Teoría del Derecho " Ediciones Jurídicas de Santiago. Sexta Edición Actualizada.

Palomo. Vélez. Diego.(2005). «Sobre El Papel Del Juez Civil En Materia De P (Andrés., "Derecho Procesal Orgánico y Funcional" (2021)) (Andrés., "Derecho Procesal Orgánico y Funcional" (2021))rueba, Especialmente Las Medidas Para Mejor Resolver. A Propósito De La Paradoja Que Evidencia Nuestro Sistema Procesal Tras La Reforma Procesal Penal.» *Revista Gaceta Jurídica* n° 300 7-18.

Palomo. Vélez. Diego. (2005). «Sobre el papel del juez civil en materia de prueba especialmente de las medidas para mejor resolver. A propósito de la paradoja que evidencia nuestro sistema procesal tras la reforma procesal penal.» *Revista Gaceta Jurídica*.

Palomo. Vélez. Diego. El debido proceso de la garantía constitucional. (2005). «Ius et Praxis [online]. 2005, vol.11, n.1.» Último acceso: 14 de 11 de 2022. https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122005000100012

Palomo. Vélez. Diego. (2010). *Reforma Procesal Civil Oralidad Y Poderes Del Juez* . Santiago: Legal Publishing.

Palomo Vélez. Diego. (2014). « Sobre la conducta procesal de algunos jueces: De vuelta con la unidimensionalidad de la eficiencia y la potestad conciliatoria como excusas.» *Ius et Praxis*, 20(1), disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122014000100016> 377-396.

- Picó I Junoy, Joan. (2012). El Derecho Procesal Entre El Garantismo Y La Eficacia: Un Debate Mal Planteado. *Derecho & Sociedad*, n.º 38 (julio), 274-80. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13126>.. pp 274-275.
- Piedrabuena. Richard. Guillermo. (1960). *Las medidas para mejor resolver como institución común a todo procedimiento civil*. Santiago.: Editorial Jurídica de Chile, .
- Piedrabuena. Richard. Guillermo. (1989). " *La Reforma Procesal Civil Antecedentes e Historia de la Ley 18.705*. . Santiago de Chile.: Revista Chilena de Derecho Volumen 16.
- Ragone. Pérez. Álvaro. (2014). «" El revisionismo garantista en el proceso civil a través de las ideas de Franz Klein y Adolf Wach". .» *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLII (Valparaíso, Chile, 2014, 1er Semestre)*.
- Ramos. Ortells. Manuel. (2009). *Sobre El Anteproyecto De Código Procesal Civil Chileno De 2 0 0 6. Una Intervención Provocada*. Santiago : . Cuadernos De Extensión Jurídica U. De Los Andes N° 16.
- Rodríguez. Papic. Ignacio. (2021). " *Procedimiento Civil Juicio Ordinario de Mayor Cuantía . 8 edición revisada y actualizada por el profesor Cristián Maturana Miquel*. . Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Rodríguez. Urraca. José. (1968). *Autoridad del Juez y Principio Dispositivo"*. . Valencia. Venezuela: Universidad de Carabobo Instituto de Derecho privado y Comparado.
- Ruay Sáez. Francisco Alberto. (2013) " Sobre la sujeción de los tribunales de justicia al principio de juridicidad, y su relación con el garantismo procesal" *Revista Estudios Ius Novum-* Numero 6, octubre de 2013
- Sanchez. Izquierdo. Cristobal. (2021). «"Dolo eventual en delitos no consumados: ¿qué propone la Corte Suprema chilena en el «caso Catrillanca» y el «caso de los disparos en Reñaca»? SCS Rol N° 16945-2021. SCS Rol N° 134189-2020" en: en libro colectivo Sentencia.» En *Sentencias Destacadas*, de Libertad y Desarrollo, 115-130. Santiago: Ediciones LYD.

- Stein. Friedrich, De la Oliva Santos. Andrés, & Prieto Castro. Leonard. (1988). "El conocimiento privado del juez: investigaciones sobre el derecho probatorio en ambos procesos". Bogotá-Colombia: : 2a. ed.Editorial Temis.
- Tarrufo. Michele. (2008). «¿Verdad Negociada?» *Revista de Derecho*, Vol. XXI - N° 1 - Julio páginas 129-151.
- Taruffo. Michele. (2006). *Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa. Ius et Praxis*, 12(2), 95-122. Último acceso: 19 de diciembre de 2022. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122006000200005>.
- Tavolari Oliveros. Raul. (1994). *Tribunales, Jurisdicción y Proceso*". *Primera Parte. Capítulo I (Diligencias para mejor proveer antiguos y nuevos problemas)*. Santiago.: Editorial Jurídica de Chile.
- Troncoso. Bustamante. Andrea., Paz. Carla y Lazen. Manzur. Claudia. (2021). "El Gobierno Judicial " *Cuadernos jurídicos de la Academia Judicial*. Santiago. Der Ediciones.
- Vargas Fontecilla. Francisco. (1864). "Proyecto de lei de organización i atribuciones de los tribunales". . Santiago de Chile: Imprenta Nacional. s.f. *Proyecto de código de enjuiciamiento civil: conforme a los acuerdos hasta ahora celebrados por la comisión encargada de su examen*". . Santiago, [: Chile: Impr. de El Progreso, 1884. Ficha disponible en: <https://uchile.primo.exlibrisgroup.com/discovery/fulldi>.
- Yañez. Oberg. Hector. (2003). «" La centuria olvidada (100 años de vigencia del Código de Procedimiento Civil).» *Revista de Actualidad Jurídica N°8 - Julio 2003. Universidad del Desarrollo. Santiago. Chile. . pp 166-168*.