

## LA PARTICIPACIÓN DEL JUEZ EN EL PROCESO CIVIL. SU APLICACIÓN EN EL CPC CHILENO

Carlos PECCHI CROCE\*

1. Los diversos medios hasta ahora creados para dirimir los conflictos de intereses de trascendencia jurídica entre las personas, pueden agruparse en las figuras de autodefensa, autocomposición y proceso, denominadas "las tres posibles desembocaduras del litigio".<sup>1</sup> Nadie pone en duda hoy en día que es el tercer medio, el proceso, el instrumento que mejores perspectivas y mayores seguridades ofrece para la solución justa y pacífica de las contiendas humanas.

En efecto, mientras las dos primeras figuras ponen la decisión de los conflictos al arbitrio de las propias partes interesadas, el proceso entrega la solución a un tercero imparcial y autónomo instituido por el Estado con la misión específica de resolver el litigio, dictando una sentencia imperativa a las partes.

El Estado, en la imperiosa función de satisfacer las peticiones que los particulares le someten, implanta el proceso como una fórmula para mantener la justicia y la paz en la comunidad, ya que una abstención en este aspecto provocaría la satisfacción privada de los conflictos, con sus lógicas y perniciosas consecuencias. Como lo ha hecho notar Chiovenda:

el Estado moderno considera como función esencial y propia de él la administración de la justicia; él sólo tiene el poder de aplicar la ley al caso concreto, poder que se denomina jurisdicción. A esto atiende instituyendo los órganos especiales (jurisdiccionales), los más importantes de los cuales son los jueces (autoridad judicial).<sup>2</sup>

Este reconocimiento a las mejores bondades ofrecidas por el proceso, ha determinado que día a día vaya abarcando nuevas direcciones, proyectándose a nuevas zonas litigiosas que no estaban comprendidas en su primitivo radio de acción civil y penal, de tal suerte que hoy podemos

\* Profesor de derecho procesal, Universidad de Concepción, Chile.

<sup>1</sup> Alcalá-Zamora y Castillo Niceto, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, México, Imprenta Universitaria, 1947, p. 13.

<sup>2</sup> Chiovenda, Giuseppe, *Principii di Diritto Processuale Civile*, 3a. ed. Napoli, Editrice Jovene, 1913, p. 65.

hablar del proceso en el campo laboral, administrativo, tributario, internacional, constitucional, etcétera.

Sin embargo, simultáneamente a esta progresiva expansión del proceso, se ha iniciado una campaña de desprestigio en su contra, imputándosele, entre otros cargos, su lento y formal desenvolvimiento, su carencia de agilidad y de sencillez, factores todos estos que impiden lograr una justicia rápida, expedita, económica y eficaz. En verdad, todas estas críticas no deben entenderse dirigidas al proceso en sí, pues ellas, por regla general, combaten al procedimiento que un determinado tipo de proceso ha adoptado. Esto es, las deficiencias obedecen, como muy bien lo afirma Alcalá-Zamora,<sup>3</sup> a que el proceso no siempre va acompañado de un procedimiento adecuado que satisfaga sus exigencias en la medida debida. Entonces, las críticas que con frecuencia se lanzan contra la administración de justicia, más que contra el proceso en sí como instrumento de solución de litigios, se dirigen contra el procedimiento como manera de desenvolverse esa administración de justicia.

Son precisamente estos aspectos negativos los determinantes de la popular aprobación que ha tenido y sigue manteniendo el viejo aforismo de que "más vale una mala transacción que un buen pleito", triste realidad que periódicamente es invocada por las autoridades judiciales para instar a la superación de estos inconvenientes. En fecha reciente, en el discurso pronunciado el 12 de enero de 1966, con motivo de la inauguración del año judicial, el doctor Enrico Poggi, procurador general de la Suprema Corte de Casación italiana, expresó que la lentitud demostrada por la máquina de la justicia ha determinado un sentimiento de desconfianza en los ciudadanos, muchos de los cuales al frente de un conflicto prefieren renunciar a la intervención del juez por el temor a la larga duración del pleito.

2. Sin constituir objeto de nuestro estudio el análisis de las diversas críticas que se dirigen en contra del procedimiento, deseamos analizar brevemente el no siempre fundado ataque que con mayor e inusitada frecuencia se esgrime en su contra, cual es, la preeminente vigencia en él de un riguroso formalismo que a menudo provoca la pérdida de un juicio por la inobservancia de una intrascendente formalidad.

Siguiendo a Chiovenda,<sup>4</sup> debemos establecer que el formalismo es indispensable y necesario, pues sólo una forma preestablecida evita el arbitrio judicial y su ausencia determina el desorden, la confusión y la incertidumbre. En su favor, ya Montesquieu afirmaba que la forma es el precio que cada ciudadano paga por su libertad.

Lo que sí es susceptible de crítica es un formalismo excesivo, esto es, cuando la forma pierde sus objetivos de garantía ya señalados y se trans-

<sup>3</sup> "Apuntes del Curso de Teoría general del proceso", dictado en Concepción, Chile en 1964.

<sup>4</sup> *Op. cit., supra*, nota 2. pp. 662 y ss.

forma en un obstáculo para el normal desenvolvimiento de la actividad procesal. Ello ocurre cuando en un determinado ordenamiento se van perpetuando ciertas prácticas que constituyeron el fruto de las condiciones políticas, sociales y religiosas imperantes en una época pasada, pero ya no se dan en la comunidad actual. Como afirma Fairén Guillén, la forma debe desaparecer cuando "solamente represente un indebido y no depurado arrastre de materiales históricos procedentes de épocas en que la misma se hacía casi un rito religioso".<sup>5</sup>

El principal peligro que provoca un formalismo mal entendido es la abierta posibilidad que ofrece para deducir incidentes, con la natural y lógica dilatación y suspensión del procedimiento, la denominada por Prieto-Castro, "gangrena procesal de los incidentes múltiples".<sup>6</sup> Precisamente como una fórmula para evitar este mal, determinante que los juicios se prolonguen hasta el infinito con el aumento del costo de los mismos, la Ordenanza procesal civil austríaca (ZPO) estableció la denominada *Erste Tagsatzung*, cuya finalidad es conocer y resolver todos los incidentes planteados en el juicio que, sin pertenecer al fondo de la cuestión controvertida, puedan influir en él. O sea, en dicha audiencia se eliminan todos los obstáculos que puedan o tiendan a obscurecer el proceso, impidiendo un normal y tranquilo debate sobre el aspecto substancial del asunto litigioso. Con similar intención, el artículo 88 del Código de Procedimiento Civil de Chile, prescribe que la parte que haya promovido y perdido dos o más incidentes en un mismo juicio, no podrá formular ningún otro sin un previo depósito en arcas fiscales, debiendo este nuevo incidente tramitarse necesariamente en cuaderno separado.

El remedio para solucionar los inconvenientes de un exagerado formalismo no está en adoptar rígidamente el principio antagónico de la libertad de forma, esto es, la realización de los actos procesales conforme a las prescripciones que para cada caso determine el buen criterio de la persona que interviene en la administración de justicia. Creemos que el buen camino a seguir puede encontrarse en la regulación acertada de un ordenamiento procesal simple que incluya la forma indispensable en toda actividad, adoptada a las condiciones sociales, científicas, técnicas, etcétera, imperantes en la época en que ella se desarrolla.

Cuestión difícil por cierto, pero que no acepta una fórmula categórica para resolverla. "En cuestión de forma no puede decirse que exista una solución rotunda y absoluta, afirma Wach, la mejor será la que sea más apropiada para facilitar el cumplimiento de los objetivos del proceso; y será la más apropiada la que haga más cómoda y segura la cognición del fondo de la cuestión".<sup>7</sup>

<sup>5</sup> "El principio de autoridad del juez en el proceso civil y sus límites", *Estudios de derecho procesal*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, p. 225.

<sup>6</sup> "Precisiones sobre escritura y oralidad en el Derecho Procesal español", *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, Padova, Cedam, 1950, vol. II, p. 329.

<sup>7</sup> Citado por Víctor Fairén Guillén. "El proyecto de ordenanza procesal civil austríaca visto por Franz Klein", en *Op. cit., supra*, nota 5, p. 308.

En este aspecto, el CPC italiano ha implantado un sistema ecléctico, ya que el principio de la libertad de forma que ha consagrado, contempla importantes excepciones. Prescribe el artículo 121 del citado cuerpo legal, que los actos procesales, para los cuales la ley no exige una determinada forma, pueden ser ejecutados del modo más idóneo para el logro de sus objetivos. Este criterio presenta la ventaja que no toda inobservancia a una formalidad produce necesariamente la nulidad del acto. Igualmente, el artículo 156 del Código indicado, determina que nunca podrá decretarse la nulidad de un acto, aun en aquellos casos en que la ley haya expresamente establecido dicha sanción, si aquel ha logrado el objetivo para el cual fue establecido.

3. Debemos reconocer que, en un elevado porcentaje, las críticas que se dirigen en contra del proceso por sus defectos orgánicos y procedimentales obedecen a fundamentos ciertos y efectivos, de tal suerte que todo ordenamiento que se encuentre enfrentado a estos problemas debe necesariamente realizar las gestiones tendientes a superar estos aspectos negativos.

Evidentemente, la solución no está en ir a la eliminación del proceso y a su reemplazo por otros mecanismos como propiciaron algunos autores alemanes, especialmente Baumbach, quien propuso sin éxito alguno, la abolición del proceso civil y su absorción en la jurisdicción voluntaria.

Esta substitución del proceso civil, que importa la eliminación del principio de contradicción, fue violentamente rechazada tanto por autores alemanes, como Bull en su artículo *Ende des Zivilprozesses*, e italianos como Calamandrei. Este último, en la réplica que tituló *Abolizione del processo civile*, expresa que esta transformación iría "mucho más allá de las exigencias del Estado autoritario; ella sería, probablemente, la abolición del Estado de derecho, y quizás la abolición del derecho mismo..."<sup>8</sup>

Junto a Alcalá-Zamora debemos afirmar que la dirección a seguir para superar estos inconvenientes, que constituyen no tanto defectos intrínsecos del proceso como fallas orgánicas o procedimentales de fácil o accesible remedio, es luchar por lograr su mayor perfeccionamiento, meta que podrá lograrse mediante la consagración en las legislaciones positivas de las adecuadas y necesarias combinaciones de los principios rectores del enjuiciamiento o de la actividad procesal, tanto orgánicos como funcionales, que permitan obtener los elevados designios de la justicia. Esto es, "combinar en la ordenación de sus normas los principios que mejor sirvan para la obtención de sus fines".<sup>9</sup>

Lógicamente es imposible señalar un tipo único de combinación que pueda servir de modelo en los diversos países. Esta labor de entroncamiento de principios debe sincronizarse con la observancia de diversos factores que no siempre son coincidentes, como la situación política, eco-

<sup>8</sup> Calamandrei, Piero, *Abolizione del processo civile. Studi sul processo civile*, Padova, Cedam, 1947, vol. v, p. 289.

<sup>9</sup> *Op. cit.*, *supra*, nota 1 p. 217.

nómica y social de un determinado Estado, el nivel ético y cultural de la sociedad, la concurrencia de una magistratura preparada y eficiente, etcétera.

Así, el éxito alcanzado por la ZPO austríaca obedece en parte a la posición política que ocupaba a la fecha de su promulgación su inspirador Franz Klein, circunstancia que le permitió preocuparse personalmente de la reforma en todas sus diversas fases. No debemos olvidar que algunos de los principios rectores imperantes en dicha Ordenanza pretendieron ser introducidos sólo algunos decenios antes en España por el marqués de Gerona, pero sin resultado positivo alguno. Igualmente, no podemos afirmar que en todos los países concurren las mismas condiciones que permitieron a Suecia, ya en el año 1942, unificar los procedimientos civil y penal en cuanto a sus trámites.

4. En el presente trabajo, deseamos analizar dos aspectos relacionados con la injerencia del juez en el desenvolvimiento del proceso, de trascendental relevancia en el complejo problema de la búsqueda de una combinación ideal de principios rectores y que estimamos no se encuentran en la actualidad debidamente enfocados por el legislador chileno.

Ellos son, en primer término, la intervención que debe corresponder al juez en la dirección del proceso, y, en segundo lugar, su participación en la formación del material del proceso, esto es, en el aporte de los hechos controvertidos y de los elementos probatorios destinados a formar su convicción.

Simultáneamente al estudio doctrinario de estos puntos, pasaremos revista al tratamiento que estos principios han recibido en diversos ordenamientos positivos, y, en especial, en el Código de Procedimiento Civil de Chile, promulgado en el año 1902 y que tuvo como modelo, al igual que la mayoría de sus congéneres hispanoamericanos, a la ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855.

5. En primer término, analizaremos la injerencia que corresponde al juzgador en la conducción del proceso.

Como lo ha hecho notar Alcalá-Zamora,<sup>10</sup> el proceso es un mecanismo esencialmente dinámico que requiere de unos motores que lo hagan avanzar, y como los protagonistas del proceso son el juez y las partes, esos motores o ese impulso no puede venir más que de ellos.

Para Chiovenda, el impulso procesal "es la actividad que mira solamente a obtener el progresivo movimiento de la relación procesal hasta su conclusión".<sup>11</sup> De modo que este impulso procesal puede confiarse o a los órganos jurisdiccionales, en cuyo caso hablamos de impulso oficial, o a las propias partes litigantes, en cuyo caso recibe la denominación de impulso de parte.

<sup>10</sup> *Op. cit.*, *supra*, nota 3.

<sup>11</sup> Chiovenda, Giuseppe, *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*, Napoli, Editrice Jovene, 1934, vol. II, p. 301.

Como el proceso se resuelve en una secuela de actos y, a menudo, de procedimientos, el problema es decidir si "a cargo de la parte debe ser puesta no sólo la iniciativa para poner en movimiento el proceso, sino para hacerlo proseguir, de procedimiento en procedimiento o también, de acto en acto".<sup>12</sup>

Hasta ahora, en la dinámica procesal ha predominado el criterio de considerar el proceso civil como el campo propio del impulso a instancia de parte, así como el penal a impulso de oficio, basándose en la antigua concepción privatista del proceso civil, es decir, un asunto de dominio exclusivo de los litigantes con la facultad de ponerle fin cuando y como ellos lo deseen.

Sin embargo, con el nacimiento y el desarrollo del movimiento procesalista publicista, todas las nuevas proyecciones del derecho procesal pasan a inspirarse en los reconocidos fines de interés público tanto de la jurisdicción como de la acción y del proceso. Se estima que el Estado tiene asimismo un justo interés en dar una rápida definición a los juicios voluntariamente iniciados por los particulares, y consecuentemente, son sus órganos los que deben tomar la iniciativa para propender a su pronto término e impedir que se arrastren indefinidamente ante los tribunales. Es este principio el que ha consagrado en los diversos CPC las normas sobre el abandono de la instancia (artículos 152-157 del CPC chileno) o de la extinción del proceso por inactividad de las partes (artículo 307 del CPC italiano).

El carácter público del proceso termina con esta inactividad, con esta total abstención del juez, y junto con provocar el fin del predominio absoluto de las partes en su desenvolvimiento, le otorga al órgano jurisdiccional una función preeminente como impulsador del proceso. Es así como los diversos ordenamientos le conceden al tribunal mayores poderes y amplias facultades para que oriente por el camino más breve los derechos de las partes hacia la definición de sus controversias, rechazando toda maniobra dilatoria, controlando todo abuso o exceso, evitando la consumación de actos que sean fruto de la mala fe o de la colusión de los litigantes.

Precisamente uno de los grandes aciertos de Franz Klein y que ayudó considerablemente al suceso alcanzado por la ZPO austríaca, fue la gran acogida que dispensó en la reforma al impulso procesal de oficio.

Idéntica inclinación se observó en Italia. En el discurso pronunciado por el Guardasellos Grandi, con motivo de la promulgación del Código de 1940, junto con expresar que el nuevo cuerpo legal no era el resultado de concepciones privatistas, ya que por el contrario acentuaba los caracteres públicos del proceso civil, agregó:

<sup>12</sup> Carnelutti Francesco, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, 3ª ed., Roma, Soc. Ed. del Foro Italiano, 1942, tomo 1, p. 207.

En las relaciones que se desarrollan a través del proceso entre las partes que piden justicia y los órganos que la administran, encuentra realización uno de los aspectos fundamentales de la más amplia relación entre ciudadano y Estado, entre libertad individual y autoridad pública. Este principio de la autoridad se manifiesta en el proceso reforzando los poderes del juez, como lo vienen haciendo, desde hace más de medio siglo, todas las legislaciones procesales europeas, incluidas las de países como Inglaterra y Francia, democráticos e individualistas.<sup>13</sup>

En efecto, del articulado del nuevo CPC italiano se observa una restricción al vasto poder de conducción que competía a las partes en el antiguo Código de 1865, y, su reemplazo por la actividad oficial de los tribunales. Precisamente el artículo 175, inciso primero, ubicado en el párrafo de los poderes del juez instructor, prescribe que la dirección del procedimiento estará a su cargo, debiendo ejercitar todas sus atribuciones para lograr el más pronto y leal desenvolvimiento del proceso. Entre otras facultades, corresponde al juez instructor fijar las audiencias y los términos dentro de los cuales las partes deben cumplir los actos procesales (175, inciso 2), decidir sobre la admisibilidad de las pruebas ofrecidas por las partes en consideración a su relevancia, nombrar de oficio como su propio auxiliar a un consultor o asesor técnico (artículos 61, 187, 191), reducir el número de testigos que hayan de ser oídos, cuando las listas presentadas por las partes contengan un número excesivo, dirigir contra-interrogaciones a los testigos, volverlos a citar para hacer aclaraciones, practicar careos entre ellos (artículos 245, 253, 254, 257, etcétera).

En general, esta nueva política de que el juez debe asumir la dirección de la maquinaria procesal, se ve reflejada en los diversos códigos de reciente promulgación. Así, el artículo 112 del CPC de Brasil de 1940, señala que el juez dirigirá el proceso de modo de asegurar a la causa un curso rápido, sin perjuicio de la defensa de los interesados. Agrega el artículo 115, que si las circunstancias de la causa lo convencen que el actor y el demandado se sirven del proceso para cumplir un acto simulado o para conseguir un fin prohibido por la ley, el juez estará obligado a dictar una decisión que obstaculice este objetivo. Similar inclinación se observa en el artículo 665 del CPC portugués, del año 1939, al sancionar el uso anormal del proceso, prescribiendo que cuando la conducta de las partes o cualquiera circunstancias de la causa produzca la segura convicción de que el actor y el demandado se sirvieron del proceso para practicar un acto simulado o para conseguir un fin prohibido por la ley, la decisión debe impedir ese objetivo anormal. En igual sentido, el artículo 242 del CPC de Costa Rica, del año 1933, faculta al juez para repeler de plano todas las pruebas que a su juicio sean inútiles o impertinentes.

<sup>13</sup> Citado por Antonio Segni, "El nuevo proceso civil italiano". *Scritti giuridici*, Editrice Torinese, 1965, vol. I, p. 401.

El CPC chileno no contiene disposición alguna que enuncie un principio análogo. Por el contrario, el artículo 10 del Código Orgánico de Tribunales, cuerpo legal cuyo texto definitivo fue promulgado el 15 de junio de 1943, consagra como base fundamental de la administración de justicia, la pasividad de los tribunales, al señalar: "los tribunales no podrán ejercer su ministerio sino a petición de parte, salvo los casos en que la ley los faculte para proceder de oficio".

Entre las excepciones que experimenta este principio de la total inactividad del juez en el desarrollo del proceso civil, podemos citar: a) el artículo 1683 del Código Civil, precisa que la nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato; b) el artículo 84 del CPC faculta al juez para corregir de oficio los errores que observe en la tramitación del proceso, como asimismo, tomar las medidas que tiendan a evitar la nulidad de los actos de procedimiento; c) según el artículo 159 del CPC, los tribunales pueden de oficio decretar, antes del pronunciamiento de la sentencia, determinadas medidas para mejor resolver; d) el tribunal *ad quem* puede de oficio incluir en su sentencia las declaraciones que por ley son obligatorias a los jueces, aun cuando el fallo apelado no las contenga, conforme al artículo 209 del CPC; e) prescribe el artículo 776 del ya citado código, que la Corte Suprema y las Cortes de Apelaciones pueden invalidar de oficio las sentencias que adolecen de vicios que dan lugar a la casación en la forma; f) indica el artículo 200 del Código Orgánico de Tribunales, que la implicación de los jueces puede y debe ser declarada de oficio o a petición de parte; g) el artículo 432 del CPC prescribe que vencido el plazo de 10 días siguientes al término de prueba que tienen las partes para hacer por escrito las observaciones que el examen de la prueba le sugiera, el tribunal, a petición verbal o escrita de cualquiera de las partes o de oficio, citará para oír sentencia; h) conforme al artículo 318 del CPC, es el tribunal quien determina si debe recibirse o no la causa a prueba; i) el 442 del CPC, en el juicio ejecutivo, determina que la prescripción de la acción ejecutiva debe ser declarada de oficio por el Tribunal antes de despachar el mandamiento de ejecución.

De lo expuesto se desprende que el juez en la legislación chilena carece prácticamente de todo poder de impulso procesal, ya que no todas las excepciones citadas en una enumeración no exhaustiva, pueden considerarse como una aplicación de tal principio. Aún más, este predominio exclusivo de la voluntad de las partes para dar impulso al proceso en su estructura interna, puede provocar una limitación en la escasa actividad oficial permitida al tribunal. Así, por vía de ejemplo, el juez debe una vez terminado el período de discusión dictar sentencia sin recibir la causa a prueba cuando las partes se lo soliciten (artículo 313), pudiendo asimismo los litigantes por acuerdo unánime reducir el término probatorio (artículo 328) o acordar una suspensión del mismo (artículo 339).

6. En el Congreso Internacional de Derecho Comparado desarrollado

en Hamburgo, del 30 de julio al 3 de agosto de 1962, se incluyó en el temario el problema del rol del juez en la dirección del proceso civil. En opinión de Elio Fazzalari,<sup>14</sup> en dicho torneo se pudo observar que las diversas ponencias se orientaban en tres distintas posiciones:

a) en un extremo, los representantes de los países del *common law* propiciaban el principio de la total pasividad del juez en el desenvolvimiento del proceso. Su desarrollo queda, por consiguiente, entregado a la libre iniciativa de las partes, debiendo el juez adoptar una posición extraparte, la de un tercero imparcial;

b) en el borde opuesto, los delegados de algunos países de la órbita socialista propugnaban un sistema análogo al imperante en sus respectivas legislaciones. Es decir, el juez en uso de una serie ilimitada de atribuciones y poderes que se le confieren, gobierna el desarrollo del proceso y puede prescindir de la iniciativa de las partes, ya sea para determinar el objeto material de la litis o para elegir los medios probatorios que estime conducentes.

En efecto, para comprender dicha posición bastará indicar algunas de las principales características del sistema ruso, ya puestas en evidencia por Carnacini<sup>15</sup> y Cappelletti.<sup>16</sup> Los códigos de las diversas Repúblicas de la Unión, los cuales no ofrecen substanciales diferencias entre sí, no restringen el ejercicio de la acción civil a los particulares. Es así, que el artículo 2º del Código del ramo de la principal República, la Socialista Federativa Soviética Rusa, luego de establecer que el tribunal conoce de la causa en virtud de demanda de parte interesada, reconoce a la Procuraduría del Estado el derecho de instaurar un proceso o de intervenir en cualquiera etapa de uno ya entablado, si tal actitud es requerida por las exigencias de la tutela de los intereses estatales o de las masas trabajadoras. Finaliza esta disposición señalando que si una parte renuncia a los derechos que le corresponde o a la tutela jurisdiccional de ellos, será el tribunal quien deberá decidir discrecionalmente la aceptación o rechazo de dicha renuncia. Incluso se faculta el ejercicio de oficio de la acción civil ejecutiva tanto por el tribunal como por la Procuraduría del Estado. Este carácter público se manifiesta igualmente en materia de impugnación, donde determinados órganos públicos pueden recurrir en contra de sentencias civiles, aun de casación y pasadas en autoridad de cosa juzgada, con el fin de que un ente jurisdiccional superior las modifique por

<sup>14</sup> "La funzione del giudice nella direzione del processo civile", *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, Cedam, 1963, vol. xviii, p. 64.

<sup>15</sup> Carnacini, Tito, "Tutela giurisdizionale e tecnica del processo". *Studi in onore di Enrico Redenti*, Milano, Editore Giuffrè, 1951, vol. II, pp. 693-772, Traducido al español por el Lic. Aurelio Romo, y publicado en la *Revista de la Facultad de Derecho de México*, octubre-diciembre de 1953, tomo III, núm. 12.

<sup>16</sup> Cappelletti, Mauro, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Milano, Editrice Giuffrè, 1962, seconda parte, cap. IV, capítulo traducido al español por Horacio Cassinelli Muñoz y publicado en la *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración de Montevideo*, enero de 1959.

concurrir una violación particularmente grave de las leyes vigentes o de los intereses del Estado, de los obreros y de los campesinos o de las masas trabajadoras. Esta posición se explica, afirma Carnacini, "bien por la consideración de que el respeto a la ley no es en Rusia cuestión que atañe sólo a los particulares, bien porque según la doctrina marxista-leninista el interés privado de los ciudadanos no puede distinguirse del público más que de una manera artificial".<sup>17</sup>

Asimismo, en dicho ordenamiento no rige el principio de la relación entre el objeto de la petición y el de la decisión, estando el juez facultado por regla general, para ampliar el objeto del proceso y fallar fuera de los límites de lo pedido. Para el cumplimiento de su función el juez no debe atenerse a las afirmaciones y a las pruebas de las partes, sino que debe investigar todos aquellos hechos relevantes que le permitan poder determinar los efectivos derechos de los litigantes. Así, el artículo 179 del mencionado cuerpo legal, prescribe que si el *quantum* de la pretensión del actor no está fijado por el acuerdo preliminar de las partes ni es precisable en base a la ley, como ocurre en casos de letras de cambio, contratos o tarifas, el tribunal puede en su fallo ir más allá de las peticiones de los sujetos del proceso, fundándose en nuevos hechos descubiertos durante la tramitación del conflicto;

c) una tercera posición ecléctica fue asumida por los delegados de Italia y de Alemania, quienes propiciaron que el juez debe tener a su cargo la conducción del proceso, correspondiéndole realizar una labor de cooperación respecto de las partes en su desarrollo y de control del ejercicio de sus atribuciones.

Como señala Fazzalari, fue esta tercera tendencia la que recibió una mayor acogida, pudiendo constatarse que también en los países anglosajones se observa esta nueva orientación, con abandono del criterio hasta ahora vigente.

7. El segundo aspecto que deseamos analizar en este trabajo se relaciona con la preponderancia de la iniciativa de parte o del juez en el aporte, reconstrucción y comprobación de los hechos trascendentes para la resolución final del juicio, esto es, en la reunión del material del proceso.

Inoficioso resultaría insistir en la trascendental importancia que reviste aquella etapa del proceso que tiene por objeto la prueba, ya que de sus resultados dependerá prácticamente la decisión de la controversia. Y reviste especial interés considerar la posición que debe asumir el juez en la fase probatoria, pues del dominio exclusivo o preponderante que en un determinado régimen jurídico tenga uno de los principios que luego analizaremos dependerá la eficiencia de la organización técnica del mecanismo instructorio.

Como en tantos otros campos procesales civiles, en esta materia se disputan la supremacía dos criterios opuestos y antagónicos: el dispositivo y

<sup>17</sup> *Op. cit.*, *supra*, nota 15, p. 753.

el inquisitivo o de investigación de oficio. Alcalá-Zamora los denomina de contradicción y de instrucción, respectivamente, pues estima preferible reservar aquellas denominaciones para designar las distintas maneras de organizar el ejercicio de la acción penal.

La doctrina ha otorgado a los principios dispositivo e inquisitivo diversos alcances, según se les dé una interpretación amplia o una restringida. Analizaremos separadamente estos diversos enfoques.

En un sentido lato, el principio dispositivo ofrece fundamentalmente las siguientes manifestaciones:

a) los particulares tienen el dominio absoluto para dar vida y poner en marcha el proceso, no estando el juez facultado para ejercitar la potestad jurisdiccional de oficio. Esto es, sólo la actividad voluntaria de las partes pone en movimiento el mecanismo procesal, pues ellos tienen el derecho exclusivo de pedir la tutela jurisdiccional de sus propios intereses.

Como afirma Cappelletti,<sup>18</sup> el carácter privado y, por consiguiente, disponible del objeto litigioso, determina que sólo al titular o a quien afirma ser titular de aquél compete el derecho de acción. Tienen íntegra aplicación los principios latinos *nemo iudex sine actor* y *ne procedat iudex ex officio*.

Por excepción, esta exclusividad del titular del interés privado sufre una alteración en aquellos procesos en que se encuentre implicado un interés público, cuestiones de estado civil, derechos de familia, etcétera, pues en esa categoría de litis la iniciativa de la actividad instructiva se permite no sólo a los particulares, sino que además a determinados órganos diversos del juez, generalmente el Ministerio Público como ocurre en la legislación española (artículo 215 del Código Civil) o italiana (artículos 69 y 70 del CPC y 117, 2098, etcétera del Código Civil).

Como una consecuencia de esta ausencia de iniciativa oficial, las partes tienen amplia libertad para disponer del proceso, poniéndole término ya sea por desistimiento del actor, por allanamiento del demandado o por transacción. Asimismo, se desprende de este carácter privado del objeto litigioso, que son las partes las que delimitan la amplitud de la tutela jurídica requerida señalando al juez el ámbito dentro del cual debe operar. A su vez, el juez tiene la obligación de velar por la debida correspondencia entre el objeto de la petición y el de la sentencia. Rige, por consiguiente, el denominado principio de la correlación o de la congruencia, en cuya virtud la decisión final del juzgador debe fallar todas las cuestiones propuestas por el actor y por el demandado, sin poder otorgar nada que no haya sido pedido ni conceder más de lo solicitado. Estos aspectos quedan comprendidos en los aforismos *sententia debet esse conformis libello* y *ne eat iudex extrapetita partium et ultrapetita*.

La mayoría de los ordenamientos positivos recogen estas máximas y

<sup>18</sup> *Op. cit.*, *supra*, nota 16, Parte prima, pp. 301-375.

en los diversos códigos podemos encontrar las normas positivas que sancionan los aspectos enunciados.

Así, en cuanto a la forma de poner en movimiento la tutela jurisdiccional, los artículos 253 y 99 de los CPC chileno e italiano, respectivamente, prescriben que todo juicio sólo podrá comenzar por demanda del actor.

Igualmente la mayoría de los cuerpos legales sancionan el principio de la correlación o de la correspondencia, como lo denomina también Chiovenda. En el CPC italiano, el artículo 112 determina que el juez debe pronunciarse sobre todos los puntos solicitados en la demanda, sin excederse de sus límites, y sin comprender en su fallo aquellas excepciones que sólo corresponde deducirlas a las partes.

Igual predicamento consagra el CPC chileno al prescribir en su artículo 170, que la sentencia definitiva debe contener: "6° la decisión del asunto controvertido. Esta decisión deberá comprender todas las acciones y excepciones que se hayan hecho valer en el juicio; pero podrá omitirse la resolución de aquellas que sean incompatibles con las aceptadas". Para estos objetivos, tanto la demanda del actor (artículo 254) como la contestación del demandado (artículo 309) deben contener la enunciación precisa y clara, consignada en la conclusión, de las peticiones que se someten al fallo del tribunal. La infracción a esta correspondencia entre lo pedido y lo fallado, ya sea por concurrir un vicio de falta de decisión del asunto controvertido o de ultrapetita o extrapetita permite al afectado deducir un recurso de casación en la forma (artículo 768 números 4 y 5). No obstante, el tribunal *ad quem* podrá limitarse a ordenar al *a quo* que complete la sentencia, cuando el vicio en que se funda el recurso sea la falta de pronunciamiento sobre alguna acción o excepción que se haya hecho valer oportunamente en el juicio (artículo 768, inciso final).

En otros sistemas, la aplicación de la congruencia sólo se limita a las peticiones del demandante. Así, por ejemplo, el artículo 343 del CPC de Colombia, del año 1931, señala textualmente: "Cuando el juez halle justificados los hechos que constituyen una excepción perentoria, aunque ésta no se haya propuesto ni alegado, debe reconocerla en la sentencia y fallar el pleito en consonancia con la excepción reconocida, salvo la de prescripción, que debe siempre proponerse o alegarse". A su vez, consecuente con el principio general ya señalado, el artículo 344 agrega: "Si el juez encuentra probada una excepción perentoria, no tiene obligación de estudiar las demás propuestas o alegadas. El silencio del juez no impide que el superior estudie y falle las otras, si encuentra infundada la que el juez consideró probada, aunque el excepcionante no haya apelado de la sentencia".

b) la segunda manifestación que ofrece una interpretación amplia del principio dispositivo señala que está vedado al juez iniciar investigación alguna para el debido esclarecimiento de los hechos controvertidos sustanciales y pertinentes, debiendo limitarse exclusivamente a las pruebas

rendidas por las partes. Corresponde por consiguiente a los litigantes aportar y probar los hechos, debiendo el órgano jurisdiccional someterse a ellos para dictar la sentencia. Los interesados tienen la carga de proporcionarle al juez los elementos para la decisión, teniendo éste la prohibición de iniciar cualquiera actividad encaminada a establecer la verdad y precisar la parte que se encuentra favorecida por la norma positiva. Rigen por consiguiente, las fórmulas latinas *da mihi factum, dabo tibi jus e iudex secundum allegata et probata partium iudicare debet*.

Por consiguiente, podemos resumir las dos fases del principio dispositivo, estableciendo que el *dominium litis* corresponde exclusivamente a los litigantes, debiendo desempeñar el juez una posición netamente pasiva en la proposición y desarrollo del juicio y en el aporte del material probatorio necesario para la acertada resolución del conflicto.

Lógicamente, el principio inquisitivo, por constituir el signo contrario, reúne las características diametralmente opuestas, esto es, iniciativa oficial tanto en la instauración del proceso como en la determinación de su objeto y en la investigación y comprobación de los hechos controvertidos.

Ahora bien, la doctrina moderna y en forma especial Tito Carnacini,<sup>19</sup> han evolucionado estas concepciones, elaborando una interpretación restrictiva o restringida de ambos criterios y precisando el justo alcance que se les debe atribuir.

En su obra, Carnacini realiza una distinción entre la disponibilidad de la tutela jurisdiccional y la disponibilidad del funcionamiento interno o técnico del proceso. Para él, el proceso es el instrumento que sirve a la parte para demandar la tutela jurisdiccional, y corresponde exclusivamente al particular que quiere hacer valer un derecho subjetivo decidir, "como una manifestación no de una obligación sino de una libre elección", si recurre a él o no. Pero una vez tomada la decisión y puesto en marcha el mecanismo, las personas que se han valido del instrumento deben adaptar su actividad a la reglamentación interna del proceso, deben obrar en juicio observando ciertas normas de técnica procesal, cuya inobservancia puede determinar el rechazo de sus pretensiones.

Por consiguiente, debemos distinguir dos problemas totalmente diversos y autónomos entre sí, que se desarrollan en distintos planos. Por un lado tenemos la utilización del proceso como instrumento para requerir la tutela de un interés material y, por el otro, el aspecto relacionado con la técnica y la estructura interna del proceso, inherente a su formación y a su concreto funcionamiento. Debe considerarse igualmente que las atribuciones y poderes del juez respecto a la técnica del proceso y, en especial, al aspecto de la instrucción probatoria no son en forma alguna una consecuencia necesaria de la naturaleza privada del objeto deducido en juicio.

De tal modo que el fenómeno de la disposición y exteriorización de la tutela jurisdiccional debe quedar ubicado fuera y, más exactamente, antes

<sup>19</sup> *Op. cit.*, *supra*, nota 15.

de la estructura interna del instrumento procesal. Debemos reconocer de una vez para siempre, afirma Carnacini, "que todo aquello que consagra el monopolio de la parte frente al juez al acudir y servirse del proceso civil, y por tanto, al perseguir la realización de un interés material a través de este instrumento, no puede incluirse en ningún principio procesal".<sup>20</sup>

En conclusión, conforme a la moderna concepción, la distinción entre proceso dispositivo e inquisitivo está basado en el predominio de la iniciativa de parte o del juez en la comprobación del material de hecho. Por consiguiente, ambos criterios, haciendo abstracción del problema del poder monopolístico para poner en movimiento la máquina procesal, se reducen al nivel de la estructura interna del proceso, y más precisamente, a la fase probatoria. Como bien expresa Carnacini, la cuestión es determinar quién debe maniobrar las palancas de la instrucción probatoria.

Así, la doctrina habla del criterio dispositivo para aludir al sistema en que la iniciativa en la proposición y en la producción de las pruebas queda reservada sólo a las partes y como ellas tienen la exclusividad del elemento probatorio, la intervención del juez se limita a la ordenación ritual de la prueba, esto es, a su dirección formal.

Por el contrario, el principio inquisitivo implica que la labor de reconstrucción y comprobación de los hechos corresponde tanto a las partes como al juez, es decir, a todos los sujetos de la relación procesal, ya que mantiene subsistente el principio de la carga de la prueba.

En este sentido moderno o restringido comprenderemos nosotros en el presente trabajo los conceptos de criterios dispositivo e inquisitivo en el proceso civil.

8. La doctrina moderna va dispensando lentamente una manifiesta preferencia al criterio inquisitivo en la labor de comprobación de la verdad de los hechos, no obstante las críticas que frecuentemente se dirigen en su contra y que podemos resumirlas en los siguientes puntos:

a) se afirma que por constituir el litigio un negocio privado en que sólo existe el interés de las partes interesadas en la resolución de la cuestión controvertida, el juez no puede de oficio autoproporcionarse los elementos para dictar sentencia, ya que al hacerlo va a dejar en una incomfortable posición a la parte que se ve desfavorecida con la medida decretada por el tribunal.

Evidentemente, esta crítica no es sino una consecuencia de la concepción privatista del proceso, olvidando considerar los fines publicistas que en día persigue el moderno proceso civil. Mal puede verse en él una actividad privada regida por normas de derecho privado, pues como ya se ha expresado, en todo proceso emerge un interés público y tanto el Estado como la sociedad concurren con el interés de que éste se desarrolle en forma recta y eficaz con el fin de lograr una sentencia que sea lo más justa posible.

<sup>20</sup> *Op. cit.*, *supra*, nota 15, p. 742.

Este interés general lo recalca Hernando Devis al sostener que:

la democracia política y más precisamente el principio de la igualdad de las partes en el proceso se garantizan y se hacen efectivos otorgándole al juez facultades para que triunfe la verdad y la justicia, en vez de la habilidad del poder económico, con lo cual se consigue que no fracase el fin de interés general que se persigue con el ejercicio de la jurisdicción por el descuido, la irresponsabilidad o la ignorancia de un apoderado.<sup>21</sup>

b) una segunda crítica expresa que habría una incompatibilidad psicológica que impediría que el mismo juez que reúne el material decisorio, deba en una etapa posterior resolver la cuestión controvertida. Esta dualidad de labores de instruir la causa y de decidir comprometería su imparcialidad y su neutralidad. Constituiría, en consecuencia, un serio inconveniente para su posición de tercero super partes, de modo que debe entregarse a los litigantes la faena de aportar y probar los hechos controvertidos y permitir de esta manera que el juez pueda con plena libertad de espíritu juzgar sobre las alegaciones y sobre las pruebas que los litigantes han hecho valer. Como afirma Liebman,<sup>22</sup> la imparcialidad del juez es el bien precioso que debe ser preservado en cada caso, aun con el sacrificio de los poderes de iniciativa instructoria del juez, con la consecuencia que donde el principio dispositivo no se adopta al tipo de proceso o a la materia controvertida, esos poderes de relevar los hechos influyentes para la decisión y de buscar los medios idóneos para probarlos deben ser conferidos a órganos públicos especiales y diversos del juez. Para este autor, el principio dispositivo importa una necesaria garantía del recto funcionamiento de la jurisdicción y agrega que aumentar los poderes inquisitorios del juez equivale, en substancia, atenuar la distinción entre función jurisdiccional y función administrativa e introducir en el proceso una tendencia paternalista que no merece incentivo o fomento alguno.

No obstante, debemos tener presente que esta insistente imparcialidad del juez debe manifestarse respecto al objeto del proceso y en el pronunciamiento de una sentencia con estricta aplicación del derecho positivo, pero no en cuanto a la técnica interna del proceso, ya que el juzgador debe encontrarse premunido de amplios poderes de impulso procesal y de las atribuciones que le permiten lograr una decisión justa de la controversia que ha sido sometida a su conocimiento.

En efecto, si sólo las partes pueden realizar una aportación del material del proceso, el juez debe aceptar como verdad todas aquellas bases

<sup>21</sup> Devis Echandía, Hernando, "El moderno proceso inquisitivo y con libertad para apreciar las pruebas", *Revista iberoamericana de derecho procesal*, 1965, núm. 1 p. 20.

<sup>22</sup> Liebman, Enrico Tullio, "Fondamento del principio dispositivo". *Scritti in onore di Arturo Carlo Jemolo*, Milano, Editore Giuffré, 1963, vol. II, pp. 439-456.

fácticas que las partes conjuntamente reconocen como tal, no obstante tener el conocimiento absoluto de la falsedad de las mismas. Por consiguiente, el principio dispositivo importa el peligro del triunfo de la verdad denominada formal o aparente para contraponerla a la verdad real, material o efectiva, esto es, a la que está conforme con la realidad. El criterio inquisitivo no ofrece este serio inconveniente, ya que el juez en caso de tener el convencimiento o la duda de que un hecho afirmado como cierto por alguna de las partes no coincide con la verdad real, puede iniciar su labor instructora o investigadora.

Con acierto Guasp afirma que "más psicológicamente incompatible parece ser la posición del juez que tenga que fallar en contra de lo que él sabe como cierto, simplemente porque alguna de las partes ha omitido, inocente o culposamente, la aportación de un dato decisivo".<sup>23</sup> No es que se pretenda dar validez a la ciencia privada del juez, sino tan solo permitir al juzgador verificar la efectividad de los hechos alegados y no probados por los litigantes.

c) en tercer lugar, se afirma que estableciendo al juez la prohibición de adoptar una posición inquisitiva en materia de prueba, existirá un mayor estímulo para que las partes allegen el mayor número de antecedentes.

En verdad, esta argumentación carece de todo peso, pues la tendencia normal que observan los litigantes en el proceso es, bajo el dominio de cualquier sistema, la de aportar el mayor número posible de datos, trascendentales o no, que puedan determinar una resolución final favorable. Incluso, para poner freno a esta práctica, normalmente las legislaciones conceden a los tribunales las atribuciones para rechazar las pruebas ofrecidas por las partes y que se consideren inútiles o insubstanciales.

d) finalmente, se afirma que en un sistema inquisitivo, el juez no podrá por propia iniciativa alcanzar la verdad real, dada la complejidad, la poca notoriedad y el carácter reservado que tienen generalmente las relaciones existentes entre los litigantes.

Se replica, tanto respecto de esta como de la anterior desventaja, recordando que el moderno concepto del principio inquisitivo es compatible con el de la carga de la prueba y con el aporte de material por las partes. Esto es, el juez no tiene la obligación de verificar, sino solamente la facultad para complementar las pruebas rendidas por los sujetos procesales, cuando estas sean insuficientes o para suplirlas cuando no la hayan producido. Lo que realmente interesa es que el juez con su actividad impida el triunfo de la parte que por audacia, por poderío económico u otro medio no recomendable, pretenda tergiversar la verdad real.

El balance positivo que ofrece el estudio comparativo de los beneficios y desventajas del principio inquisitivo ha hecho afirmar a Guasp que el

<sup>23</sup> Guasp, Jaime, *Derecho procesal civil*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1956, p. 340.

viejo aforismo *iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium*, no es sino una arcaica reminiscencia de ordenamientos primitivos de la institución procesal.<sup>24</sup>

9. En el evento de considerar que las ventajas y beneficios del criterio inquisitivo superan los inconvenientes y críticas que se le imputan, resta determinar respecto de cuales hechos puede el juez desarrollar su actividad oficiosa tendientes a comprobar la veracidad de los mismos.

Consecuencia necesaria del carácter privado-disponible del interés deducido en juicio, sólo a los litigantes corresponde la alegación de los hechos, labor que practican por regla general en los escritos fundamentales de la fase de discusión y, excepcionalmente, con posterioridad a ella. Estos hechos, que delimitan el objeto del pleito, deben ser aceptados por el juez sin que pueda realizar una ampliación de los mismos. No obstante, señala Chioyenda, los jueces en algunos casos tienden a invocar como fundamento de sus sentencias, hechos no alegados por las partes, invocando en sus fallos que "emergen de los autos".<sup>25</sup>

Por consiguiente, en este aspecto la posición del juez es diametralmente opuesta a la que debe asumir en la determinación de las normas jurídicas a aplicar a un caso concreto. En efecto, en el campo del derecho el tribunal es del todo independiente de las afirmaciones de las partes, sin importar las referencias que éstas puedan hacer a leyes inexistentes o inadecuadas (*iuria novit curia*). En cambio, en la esfera de los hechos el juzgador no puede suplir a las partes, de tal suerte que los hechos que estas no alegan no pueden ser considerados por el tribunal y su sentencia debe ser congruente con las pretensiones que los litigantes hayan deducido en forma oportuna en el juicio.

En esta materia, siguiendo a José Lois Estevez,<sup>26</sup> 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 sólo 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 éste el conocimiento privado de la existencia de hechos trascendentales y relevantes. Esto es, se excluye la ciencia privada del juez, 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 lo estime conveniente, todas aquellas

<sup>24</sup> *Ibid.*, p. 341.

<sup>25</sup> *Op. cit.*, *supra*, nota 11, p. 309.

<sup>26</sup> Estevez, José Lois, *Proceso y forma*, Santiago de Compostela, Editorial Porto, 1947, pp. 291 y ss.

diligencias necesarias para la investigación de la veracidad de las afirmaciones de los litigantes.

Hacemos total abstracción de los hechos confesados, ya que el reconocimiento que una parte hace en el sentido de ser verdaderos o efectivos los hechos afirmados por la otra, importan una limitación a los poderes del juez en la determinación y prueba del material de la causa, salvo que se trate de hechos en que predomine el interés público o de hechos imposibles o inexistentes notoriamente, en cuyo caso la confesión no tendrá efecto vinculativo alguno para el juez.

Sin embargo, requieren un tratamiento especial tres diversas situaciones en las cuales el juez debe considerar incorporados válidamente al juicio ciertos conocimientos sin necesidad de iniciativa alguna de las partes. Ellas son:

a) como afirma Chiovenda,<sup>27</sup> el juez debe considerar de oficio sin alegación de parte, todos aquellos hechos que, importando la falta de algún presupuesto procesal, puedan determinar la ineficacia de la relación procesal, como incompetencia del tribunal, incapacidad de las partes etcétera.

b) las máximas de experiencia, esto es, “aquellos juicios de carácter general formados sobre la observación de lo que ocurre comúnmente o extraídos de las nociones de una disciplina técnica o de una ciencia”,<sup>28</sup> no requieren de alegación o prueba de las partes, debiendo el juez en su actividad oficiosa considerar estas normas.

c) igual predicamento debe observarse con los hechos notorios, o sea, “aquellos cuyo conocimiento forma parte de la cultura normal propia de un determinado círculo social en el momento en que la decisión se pronuncia”,<sup>29</sup> con sus lógicas limitaciones en el tiempo y en el espacio. El aforismo *notorio non agent probatione* ha sido incorporado en la mayoría de los códigos, ya sea en forma expresa o tácita, de modo que siempre deben ser considerados por el juez sin necesidad de prueba ni menos de alegación de las partes.

El artículo 286 del CPC para el Distrito Federal mexicano expresa: “los hechos notorios no necesitan ser probados y el juez puede invocarlos, aunque no hayan sido alegados por las partes”. En el CPC chileno, esta normal general se desprende tácitamente del artículo 89, que en materia de incidentes, prescribe que si estos se fundan en hechos de pública notoriedad podrán ser resueltos de plano por el tribunal.

Pero además de estas tres situaciones que encuentran sanción en los ordenamientos positivos, se desenvuelve en el campo doctrinario una corriente destinada a permitir al juez para que investigue y pruebe hechos

<sup>27</sup> *Op. cit.*, *supra*, nota 11, pp. 286 y ss.

<sup>28</sup> Liebman, Enrico Tullio, *Manuale di Diritto Processuale Civile*, 2ª ed., Milano, Editore Giuffrè, 1957, p. 231.

<sup>29</sup> Alsina, Hugo, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, 2ª ed., Buenos Aires, Ediar S. A. Editores, tomo III, p. 248.

nuevos no alegados, pero que estén en relación directa y decisiva con los invocados por las partes como fundamento de sus peticiones. Todo esto, respetando el principio de la correlación y sin aceptar que las alegaciones principales de las partes puedan ser alteradas por el juzgador, ya sea reemplazándolas o alterándolas.

Así Guasp afirma que no siempre que el juez recoge un hecho no alegado por los litigantes altera la pretensión de éstas, y luego de afirmar que en esta materia debe hacerse una distinción entre hechos que fundan la pretensión y hechos que prueban su fundamento, agrega que pueden ser traídos al proceso por la actividad del órgano jurisdiccional los hechos que completan o aclaran la declaración de voluntad de la parte.<sup>30</sup>

En igual dirección, Cappelletti<sup>31</sup> habla de los "hechos secundarios" que deben ser considerados por el juez sin necesidad de alegación de parte. Según este autor, no se trata de que el juez se ponga por su cuenta a buscar hechos y de allí situaciones y relaciones diversas de aquellas que las partes quieren hacer valer en juicio. Por el contrario, hechos secundarios son aquellos que sin ser constitutivos, extintivos o impeditivos de la relación deducida en el proceso, pueden sin embargo afectar, directa o indirectamente, a su existencia o inexistencia. Típicos actos secundarios son aquellos de carácter indiciario, como el comportamiento de las partes, o bien, simples declaraciones rendidas en o fuera del juicio por las partes o terceros que pueden asumir una relevancia probatoria, y, en general, hechos percibidos por el juez que le sirvan para la deducción de ciertas conclusiones.

Así, el CPC brasileño acepta que el juez tenga en consideración hechos que no obstante no haber sido alegados por las partes, figuran en el proceso. Su artículo 118, en materia de apreciación de la prueba, prescribe que el juez formará libremente su convencimiento, atendiendo a los hechos y a las circunstancias acreditadas en los autos, aunque no fuesen alegados por las partes.

10. Como ocurre con muchas otras materias jurídicas, en el problema del predominio del principio dispositivo o del inquisitivo existe un manifiesto divorcio entre el campo doctrinado y el legislativo.

En efecto, no obstante que el reconocimiento de los autores<sup>32</sup> aboga por una ampliación de la autoridad del juez civil en materia probatoria y la consiguiente implantación del principio inquisitivo, la mayoría de los ordenamientos positivos continúan con la prevalencia del criterio antagónico y opuesto, con inclusión de algunas pequeñas excepciones en que se conceden al juzgador facultades mínimas para completar la deficiente aportación de las partes del material de decisión.

A esta regla general no escapa el CPC chileno y un ligero examen de

<sup>30</sup> Guasp, Jaime, *Juez y hechos en el proceso civil*, Barcelona, Editorial Bosch, 1943, pp. 111 y 119.

<sup>31</sup> *Op. cit.*, *supra*, nota 16, Parte prima, cap. v, pp. 339 y ss.

<sup>32</sup> Devis, Hernando, *Op. cit.*, *supra*, nota 21, pp. 21-24.

su contenido nos permitirá comprobar que es el principio dispositivo el que preferentemente orienta sus disposiciones, no obstante registrarse algunas excepciones en que se observa un leve influjo inquisitivo. Advertimos que se citarán, sin hacer indicación al cuerpo legal, preferentemente disposiciones del juicio ordinario de mayor cuantía, procedimiento típico de nuestro ordenamiento y cuyas normas son supletorias por expresa disposición de su artículo 3.

En primer término, debemos establecer que el CPC chileno ha consagrado el principio de la exclusión de toda iniciativa judicial para incorporar al material de decisión todo hecho que no haya sido alegado por las partes, no obstante que el juez tenga conocimiento de su existencia y una plena convicción de su relevancia. Esta prohibición del juez de utilizar su conocimiento privado se desprende de las siguientes disposiciones: a) los artículos 254 y 309 prescriben que la demanda y la contestación deben contener la exposición clara de los hechos; b) el artículo 318 inciso 2º señala que la prueba debe recaer necesariamente sobre los hechos substanciales controvertido en los escritos fundamentales de las partes; c) en los casos excepcionales en que se admite la ampliación de la prueba tratándose de hechos verificados y no alegados antes de recibirse la causa a prueba, el artículo 321 inciso 2º, requiere expresamente que jure "el que los aduce" que sólo entonces han llegado a su conocimiento; d) las denominadas medidas para mejor resolver que permiten al juez la posibilidad de incorporar material relevante para la decisión final, se reglamentan en forma excepcional y se permite su pronunciamiento al término del procedimiento, puesto el proceso en estado de sentencia, esto es, una vez vencidos los periodos de discusión y de prueba; e) los artículos 160 y 170 número 6 determinan que la sentencia no puede extenderse a hechos no aportados o no controvertidos por las partes. La primera disposición expresa que las sentencias se pronunciarán conforme al mérito del proceso y no podrán extenderse a puntos que no hayan sido expresamente sometidos a juicio por las partes. La segunda, señala que la sentencia definitiva debe contener la decisión del asunto controvertido, esto es, deberá comprender todas las acciones y excepciones que se hayan hecho valer en el juicio, pudiendo omitirse la resolución de aquellas que sean incompatibles con las aceptadas.

Como ya se ha expuesto, en nuestro CPC rige, en la formación del material del proceso, el principio dispositivo. No obstante, este dominio no es absoluto y podemos encontrar en su articulado algunas pequeñas excepciones, que reuniremos en dos grupos:

a) en primer lugar, citaremos diversas disposiciones que más que importar pequeñas atenuaciones al exagerado imperio del principio dispositivo en nuestra ley, se traducen en simples atribuciones que posee el juez en algunos medios de prueba, especialmente testimonial y confesión, para su dirección formal en las etapas de ofrecimiento, admisión y ejecución.

Así, en materia testimonial, los testigos son interrogados personalmente por el juez, quien podrá exigir que rectifiquen, esclarezcan o precisen las aseveraciones hechas (artículo 365); el tribunal debe resolver sobre la conducencia de las interrogaciones que les dirijan las partes (artículo 366); serán admitidos a declarar solamente hasta 6 testigos, por cada parte, sobre cada uno de los hechos que deban acreditarse. Podrá, con todo, el tribunal admitir otros testigos en casos muy calificados, y jurando la parte que no tuvo conocimiento de ellos al tiempo de formar la nómina que debe presentar en los cinco primeros días del probatorio (artículo 372).

En la prueba confesional, el tribunal podrá admitir la excusa de olvido de los hechos personales, en casos calificados, cuando ella se funde en circunstancias verosímiles y notoriamente aceptables (artículo 391) y pedir a las partes que aclaren los puntos oscuros o dudosos de las declaraciones (artículo 392); cuando el interrogado solicite un plazo razonable para consultar sus documentos antes de responder, podrá otorgársele, siempre que haya fundamento plausible para pedirlo y el tribunal lo estime indispensable o consienta en ello el contendor (artículo 394 inciso final); luego de reafirmar el artículo 402 inciso 1º, el principio general que no se recibirá prueba alguna contra los hechos personales claramente confesados por los litigantes en el juicio, agrega en sus siguientes incisos:

Podrá, sin embargo, admitirse prueba en este caso y aun abrirse un término especial para ella, si el tribunal lo estima necesario y ha expirado el probatorio de la causa, cuando el confesante alegue, para revocar su confesión, que ha padecido error de hecho y ofrezca justificar esta circunstancia. Lo dispuesto en el inciso precedente se aplicará también al caso en que los hechos confesados no sean personales del confesante.

En la prueba pericial, el juez puede decretar de oficio o a petición de parte el reconocimiento de peritos (artículo 412), y si las partes no se ponen de acuerdo sobre la designación de las personas, del o de los árbitros, hará el nombramiento el propio tribunal (artículo 414); en el caso que sean varios los peritos, éstos procederán unidos a practicar el reconocimiento, salvo que el tribunal los autorice para obrar de otra manera (artículo 418); asimismo, son los jueces los que señalarán en cada caso el término dentro del cual deben los peritos evacuar su encargo; y podrán, en caso de desobediencia, apremiarlos con multas, prescindir del informe o decretar el nombramiento de nuevos peritos, según los casos (artículo 420); para el evento que los peritos discuerden en sus dictámenes, podrá el tribunal disponer que se nombre un nuevo perito, si lo estima necesario para la mejor ilustración de las cuestiones que debe resolver (artículo 421).

Respecto a la inspección personal del tribunal, la propia naturaleza de este medio determina una mayor iniciativa del juez, pues nadie mejor que él podrá determinar la necesidad o inconveniencia de su práctica en

atención al papel preponderante que desempeña en su desarrollo. Esta diligencia será decretada, fuera de los casos expresamente señalados por la ley, cuando el juez la estime necesaria (artículo 403) y es el propio tribunal quien determinará que se oigan peritos durante el acto de reconocimiento, si a su juicio esta medida es necesaria para el éxito de la inspección y ha sido solicitada con la anticipación conveniente (artículo 404).

Como se ha expuesto precedentemente, estas normas más que constituir verdaderas excepciones al principio dispositivo, constituyen pequeños poderes otorgados al juzgador para la regulación formal de los diversos medios de prueba.

b) En segundo lugar, podemos citar las medidas para mejor resolver, y aquí nos encontramos enfrentados a una verdadera excepción al criterio prevalente en la formación del material decisorio, ya que esta institución importa realmente una aplicación del criterio inquisitivo.

Se encuentran reglamentadas en el artículo 159, que dispone:

Puesto el proceso en estado de sentencia, podrán los tribunales, para mejor resolver, ordenar de oficio, pero dando de ello conocimiento a las partes, alguna o algunas de las siguientes medidas: 1º La agregación de cualquier documento que estimen necesario para esclarecer el derecho de los litigantes; 2º La confesión judicial de cualquiera de las partes sobre hechos que consideren de influencia en la cuestión y que no resulten probados; 3º La inspección personal del objeto de la cuestión; 4º El informe de peritos; 5º La comparecencia de testigos que hayan declarado en el juicio, para que aclaren o expliquen sus dichos oscuros o contradictorios; y 6º La presentación de cualesquiera otros autos que tengan relación con el pleito.

En este último caso, no quedarán los autos presentados en poder del tribunal que decreta esta medida sino el tiempo estrictamente necesario para su examen, no pudiendo exceder de ocho días este término si se trata de autos pendientes.

Si en la práctica de alguna de estas medidas aparece de manifiesto la necesidad de esclarecer nuevos hechos indispensables para dictar sentencia, podrá el tribunal abrir un término de prueba breve e improrrogable, limitado a los puntos que el mismo tribunal determine.

Las providencias que se expidan en conformidad al presente artículo serán inapelables, salvo las que se dicten en los casos del número 4º y del inciso precedente por un tribunal de primera instancia.

Estas medidas para mejor resolver, consagradas también en otros ordenamientos positivos, como ocurre en la Ley de Enjuiciamiento Civil española (artículo 340), en el CPC colombiano (artículo 600), constituyen, sin lugar a dudas, el único medio que el juez posee para superar los inconvenientes de un criterio dispositivo rígido y no tener que decidir un conflicto contra su convicción por una falsa o insuficiente prueba aportada por las partes. En verdad, ellas le permiten en presencia de un hecho controvertido substancial y pertinente aportado por las partes, efectuar todas las indagaciones para determinar la efectividad o ineffectividad de sus alegaciones.

Lamentablemente, los tribunales no han hecho buen uso de este medio que permitiría delimitar los amplios dominios del derecho de disposición de las partes sobre el material de decisión de un juicio. Como sostiene la doctrina, sin querer comprender el juzgador el espíritu con que ellas fueron establecidas, las utiliza generalmente como una fórmula que les permite dilatar el término que la ley le ha señalado para fallar el litigio.

Sentís Melendo afirma al respecto "que las medidas son facultades para que el juez las ejecute con regularidad y normalidad, no como cosa excepcional. La medida para mejor proveer parece ofrecérsele al juez para que su conciencia se vea libre de remordimiento por una posible injusticia".<sup>33</sup>

El examen de la enumeración taxativa que contempla el artículo 159 del CPC chileno, nos merece las observaciones siguientes:

a) una interpretación restringida de la institución afirma que el aporte de las pruebas corresponde exclusivamente a las partes, de tal suerte que el juez puede recurrir a las medidas para mejor resolver en forma excepcional, cuando se le susciten dudas respecto de las pruebas rendidas por los litigantes sobre un punto determinado.

Esta posición, notoriamente influenciada por el principio dispositivo, la estimamos errada. Por el contrario, con las medidas para mejor resolver el juez no debe limitarse exclusivamente a profundizar y aclarar pruebas rendidas previamente por las partes, sino que está facultado para orientar la investigación de los hechos alegados por ellas, hacia direcciones que éstas no han tomado, ya sea por negligencia, error o ignorancia. En efecto, estas diligencias deben permitir al juez probar los hechos incorporados por los litigantes y respecto de los cuales no se haya rendido prueba alguna o la ofrecida sea insuficiente o no convincente. Fundamos nuestra posición en el artículo 160 del CPC, precepto que establece que las sentencias se pronunciarán, no conforme a lo alegado y probado por las partes, sino que conforme al mérito del proceso.

En el problema que nos preocupa, y asumiendo aun una posición más avanzada, estima Guasp que los poderes concedidos al juez con las medidas para mejor resolver, no son bastantes para remediar los inconvenientes que la aplicación exagerada del principio dispositivo produce en la práctica judicial. Propugna que estas diligencias deben ser consideradas no sólo como elementos probatorios de los hechos ofrecidos por los litigantes, sino que además como una facultad de aportación de nuevos hechos. "La diligencia para mejor proveer debiera constituir en el espíritu y en el texto de la ley un medio de que los hechos reales no alegados ó no probados entren a formar parte del proceso".<sup>34</sup>

b) el sistema chileno, al igual que el español, restringe el ejercicio de

<sup>33</sup> Sentís Melendo, Santiago, *El proceso civil*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1957, p. 156.

<sup>34</sup> *Op. cit.*, *supra*, nota 30, p. 157.

las medidas al período posterior a la prueba. Como señala el artículo 159, ellas pueden ser ordenadas una vez puesto el proceso en estado de sentencia y conforme con el artículo 433, en dicha etapa no se admiten escritos ni pruebas de ningún género que pretendan presentar las partes.

Consideramos inadecuada la oportunidad que el legislador chileno establece para poder decretarlas, ya que conforme a este criterio ellas pueden efectivamente provocar la indefensión del litigante desfavorecido con la diligencia. Es preferible el criterio de permitir su ejercicio en una etapa previa, de modo que el principio de contradicción pueda recibir una justa y adecuada aplicación.

Es ésta la dirección asumida por el CPC italiano, cuando en su artículo 117, faculta al juez para citar a las partes, en cualquier estado y grado del proceso, con el fin de interrogarlos sobre los hechos de la causa; y atribución análoga posee respecto de los testigos conocedores de los hechos (artículo 257).

c) una causa que dificulta que las diligencias para mejor resolver puedan efectivamente combatir los inconvenientes de un criterio dispositivo, es la tendencia de limitar las atribuciones que con ellas se otorgan al juzgador. Así, tratándose de la prueba testimonial, sólo se le permite citar a los testigos señalados por las partes y que ya han declarado en el juicio, pero no pueden llamar a deponer a aquellas personas mencionadas por éstas como individuos realmente conocedores de algún hecho de decisiva influencia en la litis.

Esta situación está consultada y resuelta favorablemente en el artículo 257 del CPC italiano, de tal suerte que el juez puede disponer de oficio la comparecencia de aquellas personas citadas por los testigos como conocedores de los hechos que se investigan. Aún más, tratándose de procedimientos seguidos ante el pretor y el conciliador, pueden decretar de oficio la prueba testimonial, citando a aquellas personas señaladas por las partes en la exposición de los hechos que aparezcan en condiciones de conocer la verdad.

De modo que para considerar a estas medidas como una real y efectiva excepción a un criterio dispositivo, deben ser autorizadas en el período probatorio, sin limitación alguna en los diversos medios que puede emplear el juzgador y con la finalidad de permitir la investigación y comprobación de todos los hechos aportados por las partes, sin importar si éstos han sido o no objeto de alguna prueba previa.

11. Esta posición de desconfianza que observa el legislador chileno hacia la objetividad e imparcialidad de los órganos jurisdiccionales en la reunión del material decisorio, se manifiesta igualmente en materia de valoración de la prueba.

En efecto, el sistema de prueba legal o tasada se convierte en uno de los pilares fundamenales de nuestro ordenamiento procesal, en cuanto al legislador, junto con consagrar el principio de la carga de la prueba, reglamenta y enumera en forma taxativa los diversos medios de prueba de

que puede hacerse uso en juicio (artículos 1698, inciso 2 del Código Civil y 341 del CPC), indica la oportunidad en que ellos pueden producirse y, finalmente, dicta las normas valorativas obligatorias para el juez.

No obstante que el derecho procesal moderno y los códigos de reciente pronunciamiento, consagran la independencia intelectual del juez para apreciar las pruebas sin fijación previa de una serie de pautas como ocurre en el sistema legal, en Chile el juzgador se ve privado de toda iniciativa y debe limitarse a una labor valorativa mínima. En nuestro CPC, si bien es cierto que el poder de apreciación del juez no se ha excluido del todo, no es menos cierto que en un elevado porcentaje su actuación se traduce en precisar si en cada caso determinado concurren las circunstancias que el legislador ha prefijado y a las que necesariamente tiene que atenerse para atribuir un determinado mérito probatorio a una prueba rendida.

Carnicero afirma que así como en el sistema de libertad de valoración o de la sana crítica se produce una convicción subjetiva y personalísima, para la que no existe traba ni obstáculo apriorístico, en el sistema legal "el juez es simplemente un receptáculo o destinatario de una coordinación legal en la que no tiene participación alguna, a través de un funcionamiento objetivo y casi material de los medios de prueba que produce inexcusablemente una verdad que no puede estar de acuerdo con la real".<sup>35</sup>

Contrasta esta actitud de desconfianza hacia el juez asumida por el legislador tanto en la formación del material de hecho como en la valoración de la prueba, con la observada en otras materias. Por vía de ejemplo, podemos citar el artículo 10 inciso 2 del COT, disposición que señala que reclamada la intervención del juez en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad ni aun por falta de ley que resuelva la contienda sometida a su decisión. De modo que en todos aquellos casos en que no existe un derecho aplicable al caso que dirime, el juez debe dictar las resoluciones que le permitan superar estas lagunas, y, como afirma Mario Bernaschina,<sup>36</sup> crea derecho aplicable al caso que se falla, pero que con las prácticas y repeticiones pueden constituir verdaderas normas jurídicas.

El dominio del sistema legal en el CPC no es absoluto, pues contiene algunas excepciones donde se observa un mayor poder de apreciación del juez. Así, en materia de la prueba pericial, los dictámenes son apreciados por los tribunales en conformidad a las reglas de la sana crítica (artículo 425). A su vez, el artículo 428 determina que entre dos o más pruebas contradictorias y a falta de ley que resuelva el conflicto, los tribunales preferirán la que crean más conforme con la verdad. En igual sentido, tratándose de declaraciones contradictorias de los testigos de una parte con

<sup>35</sup> Carnicero Espino, Jesús, "El juez en el proceso civil", *Revista de Derecho Procesal*, Madrid, Gráfica Clemares, 1961, núm. 3, p. 226.

<sup>36</sup> *Constitución Política y leyes complementarias*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1955, p. 521.

los de la otra. los tribunales tendrán por cierto lo que declaren aquellos que, aun siendo en menor número, parezca que dicen la verdad por estar mejor instruidos de los hechos, o por ser de mejor fama, más imparciales y verídicos, o por hallarse más conformes en sus declaraciones con otras pruebas del proceso: en el supuesto que los testigos de una y otra parte reúnen iguales condiciones de ciencia, de imparcialidad y de veracidad, tendrán por cierto lo que declare el mayor número, y si los testigos de una y otra parte son iguales en circunstancias y en número, de tal modo que la sana razón no pueda inclinarse a dar más crédito a los unos que a los otros, tendrán por no probado el hecho (artículo 384 números 3, 4 y 5).

Sin embargo, estimamos que el sistema legal o tasado imperante en el CPC chileno para la valoración de la prueba debe ceder paso a la corriente doctrinaria acogida en la mayoría de los países e implantar definitivamente en el proceso civil el sistema de la sana crítica o prueba razonada. Este criterio, que acepta restricciones en materia de instrumentos públicos y confesión judicial, se basa en la confianza que el legislador tiene en la conciencia del juzgador. En modo alguno tiende a la arbitrariedad judicial, pues sea que el código enumere taxativamente los diversos medios de prueba o permita su admisión a criterio del tribunal, este sistema no releva al juzgador de la obligación de motivar la sentencia en cada caso particular, debiendo analizar, en forma precisa y detallada, la prueba rendida e indicar las circunstancias que lo han inducido a apreciar las probanzas en un determinado sentido.

Han acogido el sistema de la sana crítica, entre otros, el CPC italiano (artículo 116), la Ley de Enjuiciamiento Civil española (artículos 609, 632, 659, etcétera), el ordenamiento uruguayo (artículos 403, 429, 436, etcétera), el CPC mexicano para el Distrito Federal (artículos 419, 420, 423, 424) los sistemas alemán, austríaco, ruso, etcétera.

Los sistemas que acogen la sana crítica se diferencian entre sí en cuanto a la determinación de los medios de prueba. En efecto, algunos códigos contienen una enumeración exhaustiva de los mismos y otros, señalan una lista meramente enunciativa. Entre los primeros podemos citar la LEC, española (su artículo 578 y 1214 y siguientes del Código Civil) y el CPC uruguayo (artículo 349). En cambio, muestran una mayor amplitud de criterio otros, los CPC italiano y mexicano. Así, los artículos 2712 del Código Civil y 261 del CPC italianos, reconocen mérito probatorio, y en determinados casos de plena prueba, a las reproducciones fotográficas o cinematográficas, registros fonográficos y, en general, a toda otra representación mecánica de hechos y de cosas. A su vez, el artículo 289 del CPC mexicano para el Distrito Federal, junto con hacer una minuciosa enumeración en los nueve primeros numerandos, donde acepta como medios de prueba las fotografías, copias fotostáticas, registros dactiloscópicos y todos aquellos elementos aportados por los descubrimientos de la ciencia, agrega en el número 10 una cláusula general en

que reconoce valor a todos los demás medios que produzcan convicción en el juzgador.

Asimismo, códigos que han recogido el criterio de valoración de la sana crítica, pueden presentar características particulares en cuanto dan una mayor o menor amplitud a esta libre apreciación del juzgador. Por ejemplo, mientras el sistema español, como lo ha reconocido la jurisprudencia, acepta que la libre convicción del juzgador puede basarse aun en la prueba testifical de un solo testigo, el artículo 403 del CPC uruguayo, expresamente establece que la declaración de un solo testigo, por más imparcial y verídico que sea, no producirá por sí sola prueba plena.

12. Estimamos que todos los aspectos analizados precedentemente pueden ser considerados en una futura reforma del ordenamiento procesal chileno. Nuestra opinión es que debe procederse a la incorporación en nuestro sistema de principios ya recogidos y consagrados en las legislaciones procesales modernas, restringiendo así la exagerada aplicación que recibe en el CPC el impulso procesal de parte y, especialmente, el principio dispositivo en la reunión del material de prueba.

Evidentemente, debe aceptarse el poder jurídico monopolístico concedido a la parte para requerir la tutela jurisdiccional. El carácter privado disponible del objeto litigioso determina la necesaria vigencia de la regla de que el juez no puede de oficio poner en movimiento el mecanismo procesal, salvo cuando la relación jurídica controvertida comprenda un interés público, en cuyo caso el Estado debe otorgar los poderes de iniciativa no solamente al titular del interés material, sino que además a determinados organismos oficiales diversos del juzgador.

De modo que en los conflictos de intereses de carácter privado debe preyalecer netamente la iniciativa particular, pero una vez puesto en movimiento el procedimiento, debe cesar la pasividad del juez y deben concedérsele las atribuciones necesarias para transformar en una figura preeminente, a cuyo cargo debe estar la conducción del proceso con la misión específica de cooperar con las partes para lograr el fin último del mecanismo procesal, esto es, la justicia con paz, al decir de Carnelutti.

Por consiguiente, para conseguir este objetivo debe el legislador ampliar los poderes instructores del juez, configurando un sistema en que si bien es cierto la substanciación corresponda tanto a las partes como al órgano jurisdicente, es a éste a quien pertenece el control y el gobierno del proceso. Este impulso procesal de oficio, "esta especie de movimiento automático"<sup>37</sup> permitirá al proceso ser el vehículo para el ejercicio del atributo del Estado denominado jurisdicción.

En el campo de la reunión del material del proceso, estimamos que junto con dejar a las partes la exclusividad de señalar los límites del debate, aportando los hechos que serán objeto de la decisión, puede estudiarse la posibilidad de permitir al juzgador, sin infringir el principio

<sup>37</sup> Carnelutti, Francesco, *Diritto e processo*, Napoli, Morano Editore, 1958, p. 159.

de la congruencia, realizar una labor de complementación de los mismos.

En cuanto a la búsqueda de la verdad de los hechos aportados por los litigantes y complementados por el tribunal, debe corresponder una efectiva intervención al juzgador. No debe entregarse el monopolio de las pruebas a los particulares, sino que se deben conceder al juez las atribuciones para investigar, sin perjuicio de las actividades de los litigantes, la efectividad de los hechos alegados por éstos y de los hechos complementarios incorporados por el tribunal dentro de los límites de la tutela jurisdiccional prefijado por las partes.

Debe ponerse término a la generalizada opinión de que todo procedimiento civil debe ser dispositivo, así como todo penal inquisitorio, e iniciar, lenta y progresivamente, la búsqueda del sistema que permita lograr en el proceso civil el justo equilibrio entre la libre iniciativa de la parte y la actividad oficial del juez. Como afirma Fairén, tanto el procedimiento civil como el penal deben configurarse de tal modo que la combinación de los principios "dé como justo medio un tipo de procedimiento en que se garantice tanto el interés general como los particulares, dando predominio a aquellos que, según el carácter del interés jurídico que se discuta, lo merezcan, dado el carácter de la sociedad actual".<sup>38</sup>

No podemos seguir considerando a las partes como dueñas exclusivas del litigio, limitándose toda la intervención del juez a realizar un acto final decisorio que en numerosas oportunidades repugnará a su propia conciencia, pero que tiene la obligación de proclamar por la verdad aparente que las partes le han entregado en el desenvolvimiento de la litis. Ya en el año 1926, Calamandrei<sup>39</sup> nos señalaba que "el confronte que acostumbran hacer los penalistas entre el proceso penal, dominado por el principio de la búsqueda de la verdad real, y el proceso civil, reducido a la investigación de una verdad formal, no es exacto si la comparación se realiza con el proceso civil inquisitivo.

Sólo el imperio del principio inquisitivo impide el triunfo del dolo procesal y permite obtener el fin superior del proceso, esto es, el logro de una objetiva justicia. En todo momento debe primar el interés social y general sobre el individual y subjetivo a que aspiran los diversos sujetos que participan en su desarrollo, pues como afirma Werner Goldschmidt "el proceso no es otra cosa que una forma de actuar la justicia".<sup>40</sup>

Por el contrario, con un criterio inquisitivo un juez podrá siempre decidir con tranquilidad de conciencia una controversia, no obstante que ninguna de las partes le haya aportado pruebas suficientes para acredi-

<sup>38</sup> Fairén Guillén, Víctor, "Elaboración de una doctrina general de los principios del procedimiento", en, *Op. cit., supra*, nota 5, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, p. 271.

<sup>39</sup> Calamandrei, Piero, "Linee fondamentali del processo civile inquisitorio", *Studi sul processo civile*, Padova, Cedam, 1930, vol. II, p. 350.

<sup>40</sup> Prólogo de la obra de Pedro Aragonese. *Proceso y Derecho Procesal*, Madrid, Editor Aguilar, 1960.

tar sus respectivas afirmaciones. Problema éste considerado y resuelto por el CPC uruguayo, cuyo artículo 232 expresa: "cuando las partes hayan alegado hechos sin ofrecer pruebas, podrán los jueces ordenar de oficio la que corresponde sobre los hechos alegados".

Por consiguiente, el aspecto que debe interesar es el aporte al proceso, ya sea por vía de las partes o como producto de una iniciativa oficial del órgano jurisdicente, de todos los antecedentes que le permitan, respetando siempre el principio de la correlación y la máxima *quod non est in actis, non est in mundo*, dictar una sentencia justa.

Guasp, junto con señalar que la vigencia del principio dispositivo en la LEC española constituye uno de los rasgos más acusados del anacrónico texto legal, propone su reforma para lograr que el proceso civil no continúe siendo un organismo sin base en la realidad social. Su receta, aplicable al problema que enfrenta el CPC chileno, parte del reconocimiento de las graves perturbaciones que ocasionaría un cambio radical de sistema. Por esta consideración, propone que el plan de reforma debe efectuarse en forma gradual, conteniendo "una etapa primera, de introducción de algunas innovaciones y suspensión de prácticas viciosas, que no ha de alcanzar a las líneas fundamentales del procedimiento y en que, por consiguiente, el principio dispositivo, aun cercenado en sus aplicaciones más inadmisibles, continúe subsistiendo".<sup>41</sup>

Esta ampliación progresiva de la libertad del juez, mediante la consagración del impulso procesal de oficio, del principio inquisitivo en la formación del material de hecho y del sistema de la sana crítica para valorar la prueba, constituirá indudablemente una importante cooperación para cumplir la aspiración de Calamandrei, esto es, que el proceso sirva para que "la sentencia sea justa, o al menos, para conseguir que la sentencia sea menos injusta o que la sentencia injusta sea cada vez más rara".<sup>42</sup>

Es indudable que en nuestro ordenamiento procesal debe cercenarse parte de las amplias atribuciones concedidas actualmente a las partes en favor del órgano jurisdicente. No se puede mantener el procedimiento actualmente vigente, donde por un lejano peligro de unas posibles e inciertas arbitrariedades del poder judicial, se impide al juez asumir una activa participación, ya sea en la dirección del proceso como en el aporte y valoración de las pruebas adecuadas, para la consecución de los fines que debe perseguir el mecanismo procesal, es decir, la consagración de la verdad y la obtención de la justicia con paz.

13. Como toda reforma, su éxito dependerá en forma decisiva de la mayor o menor disponibilidad de los medios humanos y materiales. Por esta consideración, toda transformación del proceso requiere la debida y necesaria adhesión de todos los individuos que intervienen en el aspecto

<sup>41</sup> *Op. cit.*, *supra*, nota 30, p. 124.

<sup>42</sup> Citado por Pedro Aragonese, *op. cit.*, *supra*, nota 40, p. 215.

técnico del mismo, vale decir, de la magistratura y de las partes. A Calamandrei se debe el pensamiento de que "las leyes en sí mismas no son buenas ni malas, sino que el funcionamiento de ellas, en bien o en mal, depende únicamente del uso de los hombres, jueces y abogados, que tienen el oficio de hacerlas funcionar".<sup>43</sup>

En efecto, así como una jurisprudencia acertada puede mantener eficiente una legislación anticuada, adaptándola a los nuevos problemas jurídicos que va presentando la colectividad, la labor de los tribunales es igualmente relevante en las etapas de interpretación y aplicación de nuevos principios, pues deben captar con fidelidad el espíritu y la finalidad de la reforma. Junto con otorgar a la magistratura nuevos y amplios poderes, poniendo fin a la desconfianza en su objetividad y al temor que la concesión de mayores atribuciones pueda transformar al juez en un dictador en el desarrollo del proceso, se le debe exigir que además de hacer buen uso de los nuevos poderes entregados, asuma con decisión el rol que le corresponde, evitando las posiciones tímidas o conservadoras.

Principalmente, por tener a su cargo la conducción del proceso, deben arbitrar los medios, dentro de lo humanamente posible, para impedir los abusos de las partes que tengan por objeto dilatar u oscurecer el proceso, desvirtuando de este modo sus fines característicos. Se deben sancionar con energía las conductas incorrectas o inmorales de los litigantes, que olvidando el fundamento del proceso, impiden su normal desenvolvimiento.

E igual contribución se debe exigir a las partes que participan en el desarrollo del proceso y a los apoderados o profesionales que colaboran con ellas. A todos ellos les corresponde la labor de hacer primar la buena fe y la lealtad procesal en todos sus actos, tanto en las relaciones de los litigantes entre sí, como en las de éstos con el juez. Las partes deben actuar en un plano de sincera colaboración con el juez y su conducta debe orientarse a hacer expedita la vía para el pronto descubrimiento de la verdad. Luchar, en otras palabras, por el imperio del principio de la moralidad del proceso, consagrado primeramente en la ZPO austríaca de 1895, y, posteriormente, como un principio básico y primordial en los diversos cuerpos legales modernos.

Especial importancia ha atribuido la doctrina a este principio de la moralidad, denominado también de probidad o de buena fe, y constantemente lo vemos incorporado en los temarios de los diversos congresos procesales, como ocurrió con los celebrados en Argentina en los años 1939 y 1948. La moralidad, según Podetti, "es el deber de ser veraces y proceder con buena fe, de todos cuantos intervienen en el proceso, a fin de hacer posible el descubrimiento de la verdad".<sup>44</sup>

<sup>43</sup> Calamandrei, Piero, "También los jueces son hombres", en *Boletín del Instituto de Derecho Procesal*, Santa Fe, Argentina, 1957, p. 22.

<sup>44</sup> Citado por Ricardo Reimundin, "El principio de la buena fe en el proceso civil", *Scritti in memoria di Piero Calamandrei*, vol. II, Padova, Cedam, 1958, vol. II, p. 406.

Y la legislación moderna le concede igualmente un tratamiento especial.

Así, el CPC italiano de 1942, dispensa particular preocupación a la buena fe procesal. En efecto, el artículo 88 de dicho ordenamiento positivo, disposición que según la jurisprudencia italiana fue establecida no sólo en interés de las partes sino que también en el interés superior de la justicia, expresa que las partes y sus defensores tienen el deber de comportarse en juicio con lealtad y probidad, y en caso de incumplimiento de parte de los defensores a estas obligaciones, el juez debe denunciar su infracción a las autoridades que ejercen el poder disciplinario sobre ellos. El artículo 96 a su vez, contempla una responsabilidad agravada de la parte vencida, al prescribir que si ésta ha obrado o resistido en juicio con mala fe o culpa grave, el juez, a instancia de la parte contraria, podrá condenar, además del pago de las costas, al resarcimiento de los daños que liquidará de oficio en la sentencia. A idénticos pagos podrán ser condenados el actor y el acreedor ejecutante que hayan actuado sin la normal prudencia. Finalmente, y en la disposición de mayor importancia en el aspecto que nos interesa, el artículo 116 prescribe que de la conducta procesal de las partes durante el desenvolvimiento del proceso, está facultado el juez para deducir argumentos de prueba.

Obedecen igualmente a la preocupación de una moralización del proceso diversas normas de los CPC de Portugal y de Brasil.

El artículo 465 del primero prescribe que la parte que haya litigado de mala fe será sancionada con multa y al pago de una indemnización a la contraria. Considerar litigante de mala fe: a) al que ha deducido pretensión u oposición cuya falta de fundamento no haya podido razonablemente desconocer; b) al que conscientemente haya alterado la verdad de los hechos o haya omitido hechos esenciales; c) al que haya hecho un uso manifiestamente reprochable del proceso o de los actos procesales, con el fin de conseguir un objetivo ilegal o de entorpecer la acción de la justicia o de impedir el conocimiento de la verdad.

El Código brasileño consagra igualmente la probidad procesal, principalmente en sus artículos 3 y 63, sancionando tanto al actor que demanda por espíritu de emulación, mero capricho o grave error, como al demandado que abusando del derecho, opone, maliciosamente, resistencia injustificada en la marcha del proceso.

El CPC chileno carece de una disposición que reglamente en general la probidad procesal, como sucede en los cuerpos legales anteriormente citados, limitándose en preceptos dispersos a sancionar con diversos medios las conductas de las partes reñidas con la moral o carentes de probidad, especialmente por la vía de la condena en costas. Al respecto, el artículo 144 prescribe que la parte que sea vencida totalmente en un juicio o en un incidente, será condenado al pago de las costas. Podrá con todo el tribunal eximirla de ellas, cuando aparezca que ha tenido

motivos plausibles para litigar, sobre lo cual hará declaración expresa en la resolución.

14. En conclusión, la forma de superar todos los aspectos y lados negativos que se atribuyen al proceso es buscar, mediante el entroncamiento de los principios rectores del enjuiciamiento que se estimen más idóneos en consideración a las especiales características de cada país, el sistema que permita el buen funcionamiento de la justicia como fruto de una labor mancomunada y de recíproca confianza de jueces, litigantes y abogados.

Corresponde en esta tarea proyectar un proceso más acorde con las actuales exigencias de la época, con una ordenación legal que imprima un procedimiento dúctil, rápido, simple y económico y que lleve implícita la exigencia a los diversos sujetos que intervienen en su desenvolvimiento de tener siempre en consideración, como ya lo ha hecho notar Alcalá-Zamora, "que el proceso debe servir para discutir lo discutible, pero no para negar la evidencia, ni para rendir por cansancio al adversario que tenga razón; ha de representar un camino breve y seguro para obtener una sentencia justa y no un vericuetto interminable para consumir un atropello".<sup>45</sup>

<sup>45</sup> *Op. cit.*, *supra*, nota 1, p. 212.