



Semillero Sociedad de Debate

Universidad Antofagasta

**“PRIMER CONCURSO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL PARA
ESTUDIANTES DE PREGADO”**

**“FACULTADES OFICIOSAS DEL JUEZ EN EL PROYECTO DE REFORMA
PROCESAL CIVIL: ¿JUSTICIA AUNQUE SE CAIGA EL CIELO?”**

Integrantes Semillero “Sociedad de Debate”:

Javier Aguilera Guerrero	CI 18.655.083-8
Delaney Ardiles Maturana	CI.18.501.564-5
Emanuel Cabrera Quinteros	CI 18.860.868-K
Lisette Castillo Geraldo	CI 17.735.630-1
Liliana González Cortés	CI 18.183.011-5
Jeann López Mohamed	CI 18.505.926-K
Karen Pizarro Cereceda	CI 18.843.417-7
César Quiroga Miranda	CI 17.434.328-4
Paula Vásquez Magalhaes	CI 17.723.932-1
Diego Villegas Rojas	CI 17.939.312-3

Universidad de Antofagasta

Director: Prof. Dr. Enrique Letelier Loyola CI 12.217.511-1

Antofagasta 05 de Septiembre de 2016

Resumen:

En el marco de la reforma procesal civil se han planteado diversas problemáticas en relación a ciertas situaciones que ponen en tensión diversas instituciones y principios que informan el actual procedimiento civil. Es así como el proyecto de código procesal civil chileno trae consigo un cambio de paradigma en el rol del juez en el proceso, de un juez totalmente pasivo a un juez activo revestido de amplias facultades en el proceso. De esta forma, el presente trabajo tiene como objetivo analizar y dar a conocer los posibles impactos que podría causar la consagración de dichos poderes al juzgador y, en particular, pretende hacerse cargo de uno de los problemas derivados de la nueva facultad del juez en relación a la prueba en el proceso, consagrada en el artículo 288 del proyecto, el cual dispone la posibilidad que el juzgador ordene prueba en el proceso. Para ir desarrollando esta temática trataremos de contestar ciertas preguntas como; ¿la facultad del juez afecta directamente las garantías constitucionales de los justiciables?, ¿el juez con esas facultades afecta su imparcialidad?, todo ello para entregar un panorama amplio respecto a la introducción de dicha facultad en el proceso.

Abstract:

Under civil procedural reform they have raised various problems in relation to certain situations that stress various institutions and principles upon which the current civil procedure. Thus the draft Chilean Civil Procedure Code brings a paradigm shift in the role of the judge in the process of a completely passive to an active judge judge broad powers coated in the process. It is in this way that the present work is to analyze and publicize the potential impacts that may cause the consecration of such powers to the judge, in particular the present work pretends to take over one of the problems drift from the new power of the judge in relation to the evidence in the proceedings, enshrined in Article 288 of the project, which provides for the possibility that the judge ordered test the process. To be developing this subject will try to answer certain questions like; Does the power of the judge directly affects the constitutional rights of litigants ?, the judge with these powers affects their fair ?, all this to deliver a comprehensive picture regarding the introduction of such power in the process.

Palabras Claves: Proyecto de Código Procesal Civil – Facultades de oficio – Rol del Juez – Prueba de oficio – Garantías Constitucionales – Reforma

Key word: Draft Civil Procedure Code - Powers of occupation - Role of the Judge - Test office - Constitutional Guarantees - Reform

ABREVIATURAS Y SIGLAS: art./ artt. (artículo/artículos); PCPC (proyecto de código procesal civil); CPC (código procesal civil); inc. (Inciso); LEC (ley de Enjuiciamiento Civil); CGDPU (Código general del proceso Uruguayo); CPR (Constitución Política de la Republica); pf./pfs (párrafo/s); vg. (verbigracia).

Sumario: *I. Introducción II. Modelo de Juez 2.1 Sistemas procesales 2.2 Situación actual en el Derecho Chileno 2.3 Situación actual en el Derecho comparado III. Facultades oficiosas del Juez en el Proyecto de Código Procesal Civil 3.1 Facultades de Dirección 3.2 El Juez y los fines en el PCPC IV. Garantías constitucionales tensionadas 4.1 Imparcialidad del Juez 4.2 Principio Dispositivo V. Conclusiones VI. Bibliografía.*

I. Introducción.

En la reforma civil chilena se ha planteado a la discusión diversos temas que tensionan y ponen en juego derechos, instituciones y principios que informan el actual procedimiento civil que data desde el año 1903. El proyecto viene a modificar, entre otros, el sistema de ejecución actual, las cargas probatorias, sistema recursivo vigente, generando un cambio de paradigma en la concepción del rol y poderes del juez en el proceso¹

Este ultimo punto según el mensaje del proyecto se justifica en el interés público comprometido en el desarrollo y resultado del proceso civil, así como en la necesidad de descubrir la verdad material de los hechos controvertidos que son sometidos a

¹ Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un proyecto de ley que establece el nuevo Código Procesal Civil (Mensaje 004-360, 12 de marzo del 2012), pp. 23-24.

conocimiento del estado jurisdicente. En este sentido, el proyecto tiene una visión del proceso civil señalando que éste no es sólo un instrumento para resolver conflictos intersubjetivos de intereses privados entre las partes donde el juez se mantiene una actitud pasiva hasta la sentencia. A juicio del proyecto y justificado en el carácter público del conflicto consagra facultades al juez que apuntan a que sea éste quien tenga el impulso y dirección del proceso, otorgándole una actuación más activa y protagónica, facultándolo para actuar de oficio en diversas materias, tales como: prevenir, corregir y sancionar todo abuso procesal o conducta ilícita dilatoria o contraria a la buena fe (artículo 5º); declarar la falta de capacidad de las partes (artículo 21); suspender una audiencia por motivos graves (artículo 67); declarar la caducidad del procedimiento (artículo 114); ordenar diligencias probatorias (artículo 288) y; distribuir la carga de la prueba (artículo 294).²

Estas nuevas facultades de oficio se pueden clasificar en dos grandes grupos. El primero de ellos dice relación con las facultades que apuntan a la dirección del proceso, es decir llevarlo a un fin, y el otro grupo dice relación con la actividad probatoria. Este trabajo se centrará en estas últimas prescrita en el artículo 288 del PCPC, las mismas que pueden afectar principios y garantías que componen del justo y racional procedimiento a saber: imparcialidad del juez, igualdad procesal e imparcialidad del juez, entre otros.

II. Modelo de Juez.

2.1.- Sistemas Procesales.

a). Sistema dispositivo.

Históricamente es el más antiguo dentro de la clasificación. Imperó en las antiguas Grecia y Roma, gracias al individualismo existente, manifiesto en la resolución de conflictos. Así las partes disponían libremente de su derecho de discusión y método empleado para su realización. Se define de libre disposición, cuando las partes son las que disponen de su derecho a discutir libremente, del método de discusión y del cómo debe conducirse esa discusión. Luego, las partes son las únicas que impulsan el proceso, fijan la litis aportan las pruebas necesarias para confirmar o desmentir argumentos y finalizan el proceso por el medio que consideren más idóneo. El juez carece de

² “Proyecto de ley Código Procesal Civil: Facultades probatorias oficiosas del juez civil” [en línea] <http://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/15307/1/Facultades%20probatorias%20oficiosas_v4.doc> [consulta: 06 agosto 2016]

actuación alguna que dé impulso al proceso, su deber es seguir y acatar todo hecho propiciado por las partes, como únicas con poder de impulsión en la actividad procesal.

b). Sistema Inquisitivo

Este sistema tiene su origen en la Europa cristiana del año 1000. Se distingue por una autoridad unilateral –juez- quien ejecuta e impulsa cada una de las etapas procesales, configurándose éste, como investigador, acusador y juzgador. Las características principales del sistema se concentran en que el juez es en definitiva quien realiza todas las actuaciones procesales. Por lo tanto, el mismo juez se encarga de iniciar oficiosamente o por denuncia el proceso, de hacer la investigación y elaborar el acervo probatorio y, finalmente, luego de investigar, imputar y probar, es quien juzga y dicta sentencia. En conclusión, el juez es el todo del proceso, el ente activo, mientras que las partes se presentan pasivas frente a este sistema procesal.

c). Sistema Mixto.

Los dos sistemas descritos anteriormente, si bien son polos opuestos, en algunas ocasiones se articulan originando el llamado sistema mixto. Este puede variar dependiendo del uso de los elementos de cada sistema procesal. Algunos autores³, señalan que no pueden coexistir los dos sistemas por lo que serían incoherentes. Sin embargo, coexisten sistemas antagónicos. Prueba de ello, en Argentina el sistema procesal penal es totalmente inquisitivo, mientras que el proceso civil es predominantemente dispositivo, con algunos rasgos propios del sistema inquisitivo.

2.2.- Situación actual en el Derecho Chileno.

Uno de los principios formativos del procedimiento civil chileno, vigente desde el año 1903, es el principio dispositivo cuyo punto de partida, según el profesor Alex Carocca, está en el reconocimiento de la autonomía de la voluntad y de los derechos privados subjetivos, entregando la iniciativa a los particulares. Es decir, en los procedimientos regidos por este principio, serán las partes quienes deben decidir si inician o no un proceso y determinan su objeto, es decir, aquello sobre lo que versará el

³ Alvarado Velloso, Adolfo. *El Garantismo Procesal*, en “Activismo y Garantismo Procesal”. Ediciones de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Volumen XLVII. 1era edición, Córdoba, Argentina, 2009

juicio.⁴ Por tanto, en el sistema actual son las partes las que 1) deciden si inician o no un proceso, 2) le dan impulso a este y 3) determinan el objeto del proceso. Bastamente distinto es el principio inquisitivo, en el cual al juez le corresponden las tres actividades anteriormente mencionados.

Corolario de lo anterior, tenemos al principio de aportación de parte, en el cual, el dominio del material procesal que constituirá fundamento en la sentencia, corresponde a las partes litigantes. Por tanto, a ellos les corresponde dos cosas. 1) La introducción de hechos en el proceso 2) aportación de material probatorio. Reconocimiento de este principio lo encontramos en el artículo 160 CPC: *«Las sentencias se pronunciarán conforme al mérito del proceso, y no podrán extenderse a puntos que no hayan sido expresamente sometidos a juicio por las partes, salvo en cuanto las leyes manden o permitan a los tribunales proceder de oficio.»*

En materia probatoria, los artículos que dan cabida a la aportación de partes son, entre otros, art. 402, 320 y 385 y 403. Todos del CPC. Pese a lo anterior, en el actual sistema, no impera a ultranza el principio de aportación de partes y, con ello, el dispositivo, existiendo excepciones. En ellas, se observan actuaciones del juez en el cual actúan de oficio con los requisitos y fines que expresamente señala la ley. Las actuaciones de oficio más clásicas, en materia probatoria, en el procedimiento civil chileno actual son las medidas para mejor resolver y la conciliación.⁵

a).-Medidas para mejor resolver.

Couture las define como “aquellas medidas probatorias que el juez puede disponer por iniciativa propia, destinados a mejorar las condiciones de información requeridas por la sentencia, de cuya génesis lógica forman parte”.⁶

⁴ Carocca Pérez, Alex, *Manual de Derecho Procesal (Tomo II)*, LexisNexis, Santiago, 2003

⁵ Couture, Eduardo J. *Teoría de las diligencias para mejor proveer*. Edit. Casa A Barreiro Ramos, Montevideo, 1932.

⁶ Nieva Fenoll, Jordi : *Derecho Procesal I introducción*, marcial pons, Madrid 2014

Esta institución es actividad probatoria que el tribunal puede disponer de oficio cuando el material fáctico aportado por las partes no es suficiente para formar su convicción. Contempla todos los medios probatorios pero con limitaciones legales que varían en su intensidad según la prueba. Se encuentra regulada en el artículo 159 del CPC.

La imposición de estas medidas sólo puede configurarse bajo dos ideas. Primero, el juez no puede innovar, ya que no puede introducir material fáctico que no ha sido incorporado por las partes en el juicio, por tanto sólo podrá reiterar pruebas ya realizadas. Segundo, éstas medidas deben ser justificadas en la falta de claridad al momento de la decisión del juez y no con otro fundamento (por ejemplo, para dilatar resolución). Todo lo anterior en primera instancia.

Las providencias que se decreten respecto a estas medidas serán inapelables, salvo las que dicte un tribunal de primera instancia disponiendo informe de peritos o abriendo el término especial de prueba que establece el inciso precedente. En estos casos procederá la apelación en el solo efecto devolutivo.

En segunda instancia el tribunal adquem también puede dictar las medidas para mejor resolver pero además se le otorga la facultad de incorporar prueba que no ha sido introducida por las partes. Ello, dado que en virtud del artículo 207 CPC, el tribunal podrá disponer como medida para mejor resolver disponer la recepción de prueba testimonial sobre hechos que no figuren en la prueba rendida en autos, siempre que la testimonial no se haya podido rendir en primera instancia y que tales hechos sean considerados por el tribunal como estrictamente necesarios para la acertada resolución del juicio. Configurando así una situación excepcional en nuestro sistema.

b).-La conciliación.

Es definida como una salida alternativa, consistente en un acuerdo entre las partes, al que se llega con intervención del juez de la causa, del que una vez producido se levantará un acta, que firmada por las partes y el tribunal, adquiere el valor de una sentencia firme y ejecutoriada en todo aquello a que se extienda el acuerdo, de modo que si es total producirá el término del juicio. Se encuentra regulado en el artículo 262 y ss. del CPC.

En esta institución, el juez ha sido dotado de amplias facultades dada la reforma del año 1994 (ley 19.334). Por ella, el trámite de la conciliación fue elevado a trámite esencial (art. 795, número 2), siendo causal, en caso de que no se practique, de recurso de casación en la forma. Además, se amplió el espectro de la conciliación y se otorgaron al juez atribuciones en la tramitación.

Tribunal puede decretar, en esta instancia, prueba de oficio, dado el tenor del Art. 266 CPC: *“El juez de oficio ordenará agregar aquellos antecedentes y medios probatorios que estime pertinentes.”* Además, no queda inhabilitado el juez al emitir opinión, para seguir conociendo de la causa (art. 263 CPC).

c).- Otras normas manifestación del principio de investigación de oficio: denuncia de obra ruinosa y prueba pericial.

En los interdictos posesorios se contienen normas que autorizan al juez a obrar de oficio. Específicamente en la denuncia de obra ruinosa (art. 571 CPC). Presentada la querrela *«el tribunal practicará, a la mayor brevedad, asociado de un perito nombrado por él mismo y con notificación a las partes y asistencia de la que concurra, una inspección personal de la construcción o arboles denunciados»*. Incluso, establece que cuando la diligencia de reconocimiento no haya sido practicada por el tribunal, podrá éste, disponer como medida para mejor resolver que se rectifique o amplíe en los puntos que estime necesarios (art. 572 inc. 2°).

Del mismo modo, en las normas que regulan la práctica de los diferentes medios probatorios, se halla una importante manifestación de facultad probatoria de oficio, en el art. 412 CPC, que autoriza al juez para decretar de oficio la prueba pericial en cualquier estado del juicio.

2.3.- Situación actual en el Derecho comparado.

2.3.1.-España.

La prueba es una actividad que está regulada por la Ley de Enjuiciamiento Civil, regida por el principio del aportación de partes, pero esto no es absoluto ya que dada su influencia alemana, la ley ha previsto ciertas ocasiones en las que la iniciativa probatoria es del juez, y no de las partes. La autorización general de esto la encontramos

en el artículo 282⁷ de la LEC que sólo puede ocurrir en los casos que específicamente señale la ley. Así sucede en la fase de diligencias finales según lo dispuesto en artículo 435.2⁸ de la LEC, así como los procesos civiles inquisitivos (Art 339.5)⁹ y también parcialmente cuando el juez llama a declarar a los peritos de parte art (338.2.II LEC) o a los de designación judicial (Art 346 LEC)

En el primer caso se trata de que el juez pueda excepcionalmente resolver dudas que le queden tras la practica de las pruebas ofrecidas por las partes justo antes de dictar sentencia. En el segundo caso se intenta tutelar a menores o incapaces, que podrían quedar desprotegidos si la actividad probatoria en estos procesos dependiera exclusivamente en las partes. En el tercero, la facultad oficiosa es clara, pero atenuada, dado que la prueba pericial la propone la parte, pero es el juez quien ordena que el perito responda algunas preguntas que aclaren el resultado de la pericia.

También es una manifestación de prueba de oficio, aunque todavía aun mas atenuada, la facultad judicial de sugerir medios de prueba que ya se refirieron en la audiencia previa (Art 429 1.II LEC)

Sin perjuicio de lo anterior existe una manifestación más de las facultades oficiosas en materia de prueba, la que dice relación con la admisión de medios de prueba (Art 283, 285,347.1.II., 429 y 443.4 LEC). Ya que toda la admisión esta confiada al juez no pudiendo las partes imponer la practica de medios de prueba, se trata de un instrumento poderosísimo que se encuentra en las exclusivas manos del juez que puede condicionar y predeterminar toda la actividad probatoria en un proceso, y en que una vez que ha sido ejercida es muy difícil ponerla en cuestión en los recursos que se presentan contra la sentencia. El juez naturalmente debe respetar el derecho defensa de las partes, pero aun así, las posibilidad de influir en resultado probatorio del proceso son enormes.

⁷ Artículo 282 Iniciativa de la actividad probatoria: Las pruebas se practicarán a instancia de parte. Sin embargo, el tribunal podrá acordar, de oficio, que se practiquen determinadas pruebas o que se aporten documentos, dictámenes u otros medios e instrumentos probatorios, cuando así lo establezca la ley.”

⁸ Artículo 435 Diligencias finales. Procedencia: 2. Excepcionalmente, el tribunal podrá acordar, de oficio o a instancia de parte, que se practiquen de nuevo pruebas sobre hechos relevantes, oportunamente alegados, si los actos de prueba anteriores no hubieran resultado conducentes a causa de circunstancias ya desaparecidas e independientes de la voluntad y diligencia de las partes, siempre que existan motivos fundados para creer que las nuevas actuaciones permitirán adquirir certeza sobre aquellos hechos.

⁹ Artículo 339 Solicitud de designación de peritos por el tribunal y resolución judicial sobre dicha solicitud. Designación de peritos por el tribunal, sin instancia de parte: 5. El tribunal podrá, de oficio, designar perito cuando la pericia sea pertinente en procesos sobre declaración o impugnación de la filiación, paternidad y maternidad.

Del mismo modo sucede con la admisión de preguntas en los interrogatorios que también esta confiada al juez (Art 302, 303, 368, 369 LEC)n y de igual manera sucede con la posibilidad del juez de formular preguntas directamente al declarante (306, 347.2 y 372.2 LEC)¹⁰

b).-Uruguay

Este país ha reformado recientemente su procedimiento civil, marcando un cambio de orientación en lo que refiere a la figura del juez en el proceso no siendo éste un mero espectador sino director del proceso. en el artículo 2¹¹ de esta ley se aprecian estos matices ya que el tribunal, una vez promovido el proceso, deberá tomar aquellas medidas tendientes a evitar su paralización, debiendo impedir el fraude, la colusión y cualquier otra conducta ilícita o dilatoria; deberá presidir las audiencias y diligencias de prueba, siendo el titular de la potestad jurisdiccional en su integridad, pudiendo delegar solamente actos auxiliares o de aportación técnica en funcionarios idóneos, pero siempre bajo su dirección y responsabilidad. Lo señalado anteriormente indudablemente genera un cambio en materia probatoria ya que mientras el juez espectador, la información le es suministrada a menudo en forma de actas que contienen lo depuesto por testigos que nunca vio; el Juez director, en cambio, debe dirigir el proceso desde su comienzo, tratando de llegar a la verdad de los hechos alegados por las partes.¹²

En materia probatoria tiene una serie de manifestaciones importantes. El artículo 24¹³ del CGDPU dispone amplias facultades en esta materia.

Analizado globalmente el CGDPU, las facultades del juez varían según sea el objetivo del proceso de que se trate. En primer lugar ubicamos a aquel grupo de procesos cuyo

¹⁰ Artículo 25. Deberes del tribunal: 25.2 El tribunal deberá emplear las facultades y poderes que le concede este Código para la dirección del proceso y la averiguación de la verdad de los hechos alegados por las partes; la omisión en el cumplimiento de estos deberes le hará incurrir en responsabilidad

¹⁰ Artículo 24. Facultades del Tribunal.- El Tribunal está facultado: 4) Para ordenar las diligencias necesarias al esclarecimiento de la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes; 5) Para disponer en cualquier momento la presencia de los testigos, de los peritos y de las partes, para requerirles las explicaciones que estime necesarias al objeto del pleito;) Para rechazar las pruebas inadmisibles, así como las manifestamente inconducentes e impertinentes;

objeto versa sobre derechos disponibles, relaciones de tipo patrimonial responsabilidad extracontractual. En esta hipótesis, el juez deberá procurar el esclarecimiento de la verdad, a través de las palabras aportadas por las partes, pudiendo complementar el material probatorio, siempre y cuando no viole la intangibilidad de la defensa, la (juicios ejecutivos, contractual o etc.) En segundo lugar, se encuentran aquellos procesos que refieren a derechos indisponibles (cuestiones de estado civil, filiación, capacidad, menores) y los procesos laborales y agrario integrantes del denominado proceso civil inquisitorial.

En este grupo de procesos, el magistrado posee mayores potestades en materia probatoria, pudiendo realizar una actividad que va más allá en pos de esclarecimiento de la verdad, pero teniendo como limite el derecho de defensa de las partes y la disponibilidad del accionamiento.

Por ejemplo, en un proceso de incapacidad, aun cuando la persona cuya interdicción se solicita, reconociere que es incapaz, ello no exoneraría al Tribunal la indagación de oficio a los efectos de comprobar si se dan o no los presupuestos legales para la interdicción; pero por el contrario, si quien inició el proceso renuncia a la demanda por el instaurada, el juez no puede posteriormente, continuar inquiriendo de oficio sobre las facultades mentales del demandado.

En definitiva, el esclarecimiento de la verdad de los hechos alegados y la búsqueda de esta, se logra fundamentalmente con el cambio de enfoque de la figura del magistrado, debiendo éste conducirse con cautela y razonabilidad en lo que a la iniciativa probatoria refiere, utilizando esta, solo en aquellos procesos, cuyo objeto, atendiendo a la naturaleza de la relación controvertida, así lo habiliten.

c).- Código Modelo Para Iberoamérica:

El Código Modelo para Iberoamérica cuya redacción ha sido encomendada al Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, también tiene algunas consideraciones a cual debiese ser el rol del juez y cuáles deben ser sus facultades probatorias. En el artículo 2 al referirse a la dirección del proceso, el código señala que la misma está confiada al

tribunal, y que una vez iniciado el proceso, el impulso procesal está confiado de oficio al juez, con el fin de evitar paralizaciones y contribuir a la celeridad del proceso¹⁴

El código además en su capítulo IV señala en su artículo 33 cuales son las facultades del tribunal y en materia probatoria encontramos facultades que dicen relación directa con facultades oficiosas, en el número cuatro se le da una amplia facultad al juez para ordenar diligencias que considere necesarias para esclarecer la verdad de los hechos, respetando el derecho de defensa de las partes, en el número 5, del mismo artículo, se le da la facultad para disponer en cualquier momento (fuera del probatorio inclusive) la presencia de testigos o peritos e incluso de las partes, y finalmente en su número 6, faculta al tribunal para rechazar las pruebas inadmisibles o impertinentes¹⁵

III. Facultades oficiosas del Juez en el Proyecto de CPC.

3.1.- Facultades de Dirección.

Actualmente contamos con un proceso civil influenciado por la visión clásica del proceso, como ya hemos comentado, en el cual el sentenciador posee un rol pasivo, no está dotado facultades que le permitan intervenir en el proceso, todo esto en directa relación con el principio formativo del procedimiento; el principio dispositivo o de aportación de partes, en el cual las partes tienen un rol fundamental.

Ésta situación se propone modificar pensando que lo sustancial del proceso es la búsqueda de la “verdad” y es así como lo establece el PCPC, el cual vienen a romper este paradigma estableciendo un juez altamente activo, otorgando al juez un rol más protagonista facultándolo para actuar de oficio en diversas materias¹⁶, entre las cuales podemos poner hincapié las cuales las podemos clasificar en facultades probatorias es

¹⁴ Art. 2. (Dirección del proceso). La dirección del proceso está confiada al Tribunal, el que la ejercerá de acuerdo con las disposiciones de este Código.

Art. 3. (Impulso procesal). Promovido el proceso, el Tribunal tomará de oficio las medidas tendientes a evitar su paralización y adelantar su trámite con la mayor celeridad posible

¹⁵ Artículo 33. (Facultades del Tribunal)El Tribunal está facultado: 4) para ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes; 5) para disponer en cualquier momento la presencia de los testigos, de los peritos y de las partes, para requerirles las explicaciones que estime necesarias al objeto del pleito; 6) para rechazar las pruebas inadmisibles, así como las manifiestamente inconducentes e impertinentes;

¹⁶ “Proyecto de ley Código Procesal Civil: Facultades probatorias oficiosas del juez civil” [en línea] <http://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/15307/1/Facultades%20probatorias%20oficiosas_v4.doc> [consulta: 06 agosto 2016]

decir aportar nuevos hechos al proceso, y facultades de dirección las cuales tienen lugar a través del impulso de oficio. Éstas últimas con el objetivo de buscar la sustanciación. Respecto de las facultades de dirección podemos señalar las siguientes: prevenir, corregir y sancionar todo abuso procesal o conducta ilícita dilatoria o contraria a la buena fe.¹⁷, declarar la falta de capacidad de las partes.¹⁸ suspender una audiencia por motivos graves,¹⁹ declarar la caducidad del procedimiento.²⁰

3.2- Facultades Probatorias art 288 PCPC.

El Boletín N° 8197-07 que da origen a la Reforma al Código de Procedimiento Civil, “se consagra un cambio en la concepción del rol y poderes del juez en el proceso”, tal como lo menciona el artículo 288 de la Reforma al Código Procesal Civil, el que introduce una propuesta innovadora a nuestro ordenamiento jurídico, que causa diversas opiniones en la doctrina. En este artículo se entregan facultades probatorias de oficio al

¹⁷ “Art. 114.- Caducidad del procedimiento. Si transcurrido el plazo de la suspensión ninguna de las partes solicitare al tribunal la dictación de la resolución necesaria para su reanudación, dentro del plazo de quince días, se decretará de oficio la caducidad del procedimiento y se ordenará el archivo de los antecedentes. Igual resolución pronunciará el tribunal si ninguna de las partes hubiere comparecido a la celebración de una audiencia preliminar, de juicio o sumaria y ninguna de ellas hubiere solicitado la dictación de la resolución necesaria para su reanudación dentro del plazo de quince días. El tribunal decretará de oficio la caducidad del procedimiento si el actor no le proporcionare los antecedentes necesarios para la notificación al demandado de la resolución recaída en la primera gestión o solicitare las gestiones para determinararlo, dentro del plazo que se establezca, el que no podrá ser inferior a treinta días. No se entenderán extinguidas las acciones o excepciones de las partes por la declaración de caducidad del procedimiento, pero éstas perderán el derecho a continuar el procedimiento caducado y de hacerlo valer en un nuevo juicio. Subsistirán, sin embargo, con todo su valor, los actos y contratos de que resulten derechos definitivamente constituidos.”

¹⁸ “Art. 21.- Apreciación de oficio de la falta de capacidad. La falta de capacidad para ser parte, así como de capacidad procesal, podrá ser declarada de oficio por el tribunal hasta en la audiencia preliminar.”

¹⁹ “Art. 67.- Suspensión de la audiencia. El tribunal podrá de oficio o a petición de parte, suspender una audiencia por motivos graves y calificados, durante su desarrollo hasta por dos veces solamente y por el tiempo mínimo necesario, de acuerdo con la naturaleza de las razones invocadas. El tribunal deberá dejar constancia de las razones que justifican su decisión en la resolución respectiva. La resolución que suspenda una audiencia fijará la fecha y hora de su continuación. Dicha resolución se entenderá notificada a las partes desde su dictación en la misma audiencia. La suspensión de la audiencia por un periodo que excediere de diez días impedirá su continuación. En tal caso, el tribunal deberá decretar la nulidad de lo obrado en ella y ordenará su reinicio en la fecha más inmediata posible”.

²⁰ “Art. 114.- Caducidad del procedimiento. Si transcurrido el plazo de la suspensión ninguna de las partes solicitare al tribunal la dictación de la resolución necesaria para su reanudación, dentro del plazo de quince días, se decretará de oficio la caducidad del procedimiento y se ordenará el archivo de los antecedentes. Igual resolución pronunciará el tribunal si ninguna de las partes hubiere comparecido a la celebración de una audiencia preliminar, de juicio o sumaria y ninguna de ellas hubiere solicitado la dictación de la resolución necesaria para su reanudación dentro del plazo de quince días. El tribunal decretará de oficio la caducidad del procedimiento si el actor no le proporcionare los antecedentes necesarios para la notificación al demandado de la resolución recaída en la primera gestión o solicitare las gestiones para determinararlo, dentro del plazo que se establezca, el que no podrá ser inferior a treinta días. No se entenderán extinguidas las acciones o excepciones de las partes por la declaración de caducidad del procedimiento, pero éstas perderán el derecho a continuar el procedimiento caducado y de hacerlo valer en un nuevo juicio. Subsistirán, sin embargo, con todo su valor, los actos y contratos de que resulten derechos definitivamente constituidos.”

juez, ligado a la oralidad del cambio al sistema procesal, rompiendo bruscamente con el sistema actual, en donde esta actividad esta ligada a una serie de principios procesales que son esencialmente privativa de las partes.

En el proyecto en cuestión, las partes siguen disponiendo de la iniciativa probatoria, de las acciones y excepciones, pero la dirección e impulso procesal le corresponderá al juez, es éste quien va a dirigir el proceso pudiendo adoptar todas las medidas oficiosas destinadas para un válido, eficaz y pronto desarrollo del mismo²¹. Este cambio en la conducción se desarrolla en miras al interés público en el que se desarrolla el Mensaje del Proyecto, interesado en una solución rápida del conflicto.

A saber, el artículo 288 PCPC dispone: *«Las partes podrán ofrecer los medios de prueba de que dispongan y solicitar al juez que ordene además, la generación u obtención de otros de que tengan conocimiento y que no dependan de ellas sino de un órgano o servicios públicos, de terceras personas o de la contraparte, tales como documentos, certificaciones u otros medios aptos para producir fe sobre un hecho determinado. Hasta antes del termino de la audiencia preliminar, el tribunal, de oficio, podrá ordenas las diligencias probatorias que estime necesarias para el esclarecimiento de la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de la defensa de las partes. En ejercicio de este derecho, las partes podrán solicitar en el mismo acto, una contraprueba a la solicitada por el tribunal, conforme a lo previsto en el artículo 290».*

Sin embargo, no se tiene que perder de vista de que si bien son las partes las dueñas del proceso es el Estado quien dispone de recursos y pone a disposición de las partes en conflictos un instrumento para su resolución, denominado “el proceso”. El juez es propuesto como el director del proceso, que debe de traducirse como un poder-deber de éste, pudiendo proponer pruebas de oficio cuando no logre la convicción de la verdad, faltando en el precedente articulo los requisitos o causales que se deben de presentar para pueda decretar las pruebas de oficio que menciona el artículo 288.

²¹ Art. 3- *Dirección e impulso procesal*. La dirección del procedimiento corresponde al tribunal, quien adoptará de oficio todas las medidas que considere pertinentes para su válido, eficaz y pronto desarrollo, de modo de evitar su paralización y conducirlo sin dilaciones indebidas a la justa solución del conflicto.

La propuesta es aumentar las facultades probatorias del juez en términos que éste podrá decretar la práctica de todas clases de diligencias probatorias, hasta antes del término de la audiencia preparatoria, ya sea durante el curso del proceso o como medidas para mejor resolver, teniendo la posibilidad de que la parte que se vea agraviada pueda solicitar rendir una “contra prueba” a la solicitada por el tribunal.

El profesor de la Universidad Católica de Valparaíso Fernando Román Díaz, señala aquellos casos en los que el juez podría solicitar la prueba de oficio: 1) El material probatorio existente en el proceso sea insuficiente en términos de que el juez no haya podido lograr convicción acerca de los hechos controvertidos; 2) aparezcan hechos nuevos que sean relevantes para resolver la controversia, pero solo en cuanto esos hechos van a servir para acoger o rechazar la demanda. Debe respetarse el principio de congruencia; 3) la prueba del Derecho Extranjero pueda servir para resolver el conflicto; 4) el juez sospeche la existencia de fraude o colusión procesal. En este evento debe estar facultado, además, para hacer citar al proceso a quienes aparezcan como posibles víctimas del fraude o colusión. Se propone también que el juez esté facultado para desechar de plano y sin ulterior recurso toda prueba inconducente, impertinente o puramente dilatoria.²²

3.3.- El juez y los fines del proceso en el PCPC

Impera en el actual sistema civil, como sabemos, un modelo cuya finalidad se limita a la resolución de controversias intersubjetivas de relevancia jurídica. En este sentido, el proceso cumple con una función eminentemente pragmática en donde los justiciables obtienen tutela judicial por parte del Estado que, a su vez, propende mediante la intervención de sus agentes judiciales en la extirpación del conflicto, a la consecución de la paz social²³.

En este escenario, la calidad de la decisión judicial no es trascendental dado que son las partes las que aportan el material probatorio y tanto la decisión ilegal como aquella que se asienta en bases fácticas no reales, son eficaces y cumplen con la misión a que se

²² Roman Diaz, Fernando. “reflexiones en torno a la propuesta de reforma al procedimiento civil chileno”: *Rev. chil. derecho* [online]. 2007, vol.34, n.3 pp.587-589. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372007000300013&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-3437. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372007000300013>.

²³ MORENO, Víctor; Cortés, Valentín (2004) *Introducción al Derecho Procesal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 319 pp., p. 46.

destina el proceso²⁴. En este sentido, un proceso es legítimo siempre que se apegue a las formas procesales.

En el PCPC se desprende de su mensaje la intención de cambiar el paradigma actual. Se establece en el mismo que “...*el proceso civil no es un mero instrumento para la resolución de un conflicto intersubjetivo de intereses privados entre las partes...*”. De esta forma, se asume un interés público por obtener resoluciones eficaces y justas, como predica el art. 3ro. Del PCPC. En este último punto es donde se hace relevante la participación del juez y se justifica el nuevo rol que debe jugar éste en pos de sentencias que, dado el interés social querido por el legislador, deben acercarse a la verdad. Ninguna duda deja el tenor literal del art. 288 del PCPC en donde faculta al juez decretar diligencias probatorias en “...*para el esclarecimiento de la verdad de los hechos controvertidos...*”

Bajo este nuevo modelo, el proceso se orienta a maximizar las posibilidades de que aquello que efectivamente sucedió se aproxime en términos de correspondencia con lo que el juez declara probado en el proceso; por ende, el procedimiento probatorio tenderá a disminuir los límites de la tolerabilidad del error en materia de prueba y maximizará las posibilidades del empleo de los elementos de convicción como instrumento de verificación del juez²⁵.

Sin embargo, parte de la doctrina nacional señala que ésta nueva concepción y, en específico, las facultades probatorias del art. 288 del PCPC, afectaría el principio de igualdad de partes en el proceso, contenido en el art. 19 n°3 de la CPR. En contraposición a ello, el profesor TARUFFO²⁶ plantea que frecuentemente los litigantes no están en igualdad desde el punto de vista cultural y económico. Los recursos de una parte pueden ser limitados, y su inversión en la producción de prueba puede no encontrarse equilibrada con la inversión de la otra. En otros términos, puede haber una

²⁴ TARUFFO, Michele (2009) *Páginas sobre la justicia civil*. Madrid: Marcial Pons, 599 pp., p. 247

²⁵ TARUFFO, Michele (1990). “*Modelli di prova e di procedimento probatorio*”. *Rivista di Diritto Processuale*, N°2, pp. 420-448, pp. 445 y ss.

²⁶ TARUFFO, Michele. Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa. *Ius et Praxis* [online]. 2006, vol.12, n.2 [citado 2016-09-05], pp.95-122. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122006000200005&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0012. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122006000200005>

parte" débil" (el trabajador, el consumidor, el pobre), que no está capacitada para realizar un uso efectivo de sus derechos procesales y, en particular, de su derecho a la prueba. En los sistemas que confían sólo en la iniciativa de las partes, el desequilibrio de las posiciones procesales de las partes puede impedir seriamente la producción de toda la prueba relevante, imposibilitar el descubrimiento de la verdad y, por lo tanto, la corrección de la decisión final. El peligro concreto es que la "verdad" sea determinada por el poder de una parte más fuerte, más que por la ponderación justa de toda la prueba relevante.²⁷

Por otro lado hay autores²⁸ que señalan que a pesar de la natural y lógica desigualdad que existe entre las partes que, a nuestro juicio se ven justificadas en otros tipos de procedimientos²⁹, en materia civil, estas discuten en un plano de igualdad jurídica³⁰, la misma que está asegurada por un tercero imparcial que revestido con carácter de autoridad dirige y modera esta discusión. Es por esto que consideran que este tercero no es el llamado a hacerse cargo de dicha problemática, ya que al desnivelar la igualdad jurídica para lograr una supuesta y nunca alcanzable igualdad real, logramos solo desequilibrar la balanza de la justicia y hacer ilegítima la sentencia³¹ ya que esta carece de neutralidad³² entendida la actitud o comportamiento del juez donde no se inclina por

²⁷ TARUFFO, Michele (2009) *La Prueba, Artículos y Conferencias* Santiago de Chile : Metropolitana, 2009

²⁸ Alvarado Velloso, Adolfo. *El Garantismo Procesal*, en "Activismo y Garantismo Procesal". Ediciones de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Volumen XLVII. 1era edición, Córdoba, Argentina, 2009

²⁹ Como lo son los procedimientos de Familia y Laboral.

³⁰ Alvarado Velloso, Adolfo. "El Garantismo Procesal", en "Activismo y Garantismo Procesal". Ediciones de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Volumen XLVII. 1era edición, Córdoba, Argentina, 2009

³¹ PALOMO VELEZ, Diego. PROCESO CIVIL ORAL: ¿QUÉ MODELO DE JUEZ REQUIERE?. *Rev. derecho (Valdivia)* [online]. 2005, vol.18, n.1 pp.171-197. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502005000100007&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0950. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502005000100007>

³² Los artículos 159 al 165 del Código Procesal Penal establecen las normas sobre la nulidad procesal permitiendo anular las actuaciones que buscaran procurarse medios de prueba cuando en su práctica ocasionaren a los intervinientes un perjuicio reparable únicamente con la declaración de nulidad. La ley señala que existe perjuicio cuando la inobservancia de las formas procesales atenta contra las posibilidades de actuación de cualquiera de los intervinientes en el procedimiento. Asimismo se presume de Derecho que existe perjuicio si la infracción hubiere impedido el pleno ejercicio de las garantías y de los derechos reconocidos en la Constitución o en las demás leyes de la República, situación que podríamos vincular con la licitud de la prueba.

ninguna de las dos partes que intervienen en un enfrentamiento ni las beneficia ayudando a forzar la solución pretendida por una de ellas.

En contra posición a las ideas planteadas por el profesor TARUFFO, hay quienes manifiestan que no preocupa ni interesa al juez la búsqueda de la verdad real, si no que éste debe procurar el mantenimiento de la paz social, fijando para hechos para adecuar a ellos una norma jurídica tutelando así el cumplimiento del mandato de la ley³³ y en Chile esto se pone de manifiesto con la existencia de instituciones que relegan la búsqueda de la verdad, en un segundo plano³⁴, privilegiando los derechos de los intervinientes. Por lo tanto esta reforma y cambio de paradigma podría atentar con las concordancia del sistema³⁵

Mas allá de cualquier discusión doctrinal en torno a lo fines del proceso/rol del juez, lo cierto que es que el artículo 288 PCPC, genera incertidumbre de acuerdo a que principio/garantía pondera. Por un lado tenemos el derecho a la verdad y consecuente sentencia “Justa” y por otro lado tenemos el derecho a imparcialidad e igualdad jurídica,

Por tanto, sólo la figura de un juez activo y con facultades probatorias (con límites establecidos en la ley) se condice con los fines de este nuevo proceso civil que busca no la verdad absoluta (ya que es imposible obtenerla) pero que siempre deberá tender hacia ella en aras de una decisión justa, otorgando así, una efectiva tutela judicial a quienes lo soliciten.

IV. Garantías constitucionales tensionadas.

4.1 Imparcialidad del Juez.

Una sentencia “justa” que revista la verdad de los hechos controvertidos, lo será en la medida en que el proceso lo sea y, es aquí en donde juega un rol importante las garantías mínimas que otorga el Estado que detenta los poderes públicos para con los

³³ BORDALÍ Salamanca, Andrés, *Los poderes del juez civil*. En: DE LA OLIVA, Andrés y PALOMO, Diego (coord.), *Proceso Civil. Hacia una nueva justicia civil*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007 p. 190.

justiciables (igualdad de partes, imparcialidad, imparcialidad e independencia del órgano que ejerce jurisdicción).

Bajo esta perspectiva, se ha generado un debate sobre qué rol debe tener la actividad probatoria del juez frente a los elementos del debido proceso³⁶.

Una de las principales críticas dice relación con la igualdad de partes y la imparcialidad en el proceso. El primero de ellos es tan importante, que en la carta fundamental de cada país se integra como “igualdad ante la ley”, y asimismo en nuestro país en el art. 19 n°3 de la CPR, que asegura a todas las personas la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos, esto traducido al proceso, significa que hay un equilibrio en las formas que se lleva a cabo una actividad judicial. Si esto no se respeta habrá una simple apariencia de proceso³⁷. El segundo, nos referimos netamente al carácter de quien juzga: el juez como tribunal. Como señala Alvarado Velloso “la idea de imparcialidad indica que el tercero que actúa en calidad de autoridad para procesar y sentenciar el litigio debe ostentar claramente ese carácter: para ello, no ha de estar colocado en la posición de parte (imparcialidad) ya que nadie puede ser actor o acusador y juez al mismo tiempo; debe carecer de todo interés subjetivo en la solución del litigio (imparcialidad) y debe poder actuar sin subordinación jerárquica respecto de las dos partes (independencia)”³⁸, a mayor abundancia este autor señala que el juez no es ni debe ser parte de litigio, y como consecuencia de lo anterior, es que el juez no ha de hacer en el proceso lo que es tarea propia y específica de las partes litigantes: afirmar e introducir hechos y, llegado el caso probarlos; y esta misma idea ha sido sostenida por parte la doctrina clásica³⁹ al señalar que el juez debe atenerse exclusivamente a la actividad de las partes, sin que le sea permitido tomar iniciativas encaminadas a iniciar el proceso ni a establecer la verdad para saber cual de ellas tiene afirmación de los hechos, el aspecto primordial es el probatorio; será inquisitivo el proceso que le otorgue facultades oficiosas sobre pruebas al juez, aun cuando se mantenga la necesidad de la demanda para iniciarlo. O tal como señala *Chiovenda* que “las esferas del juez y del defensor deben

³⁷ Alvarado Velloso, Adolfo, *Introducción al estudio del derecho procesal*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1989,

³⁸ Alvarado Velloso, Adolfo . *El debido proceso de la garantía constitucional*. Rosario: Ed. Zeus. 2003

³⁹ Devis Echandia, Hernan *Compendio de derecho procesal* tomo I, décima edición. Editorial ABC, Bogota 1985 pg 188

estar netamente separadas, porque existe una verdadera incompatibilidad psicológica entre el oficio de juzgar y el de buscar los elementos de defensa de las partes”⁴⁰

Hay una parte de la doctrina que explica que el juez no desplaza a las partes ni asume la defensa de sus intereses privados. Desde el punto de vista de la Carta Magna, la facultad de decretar pruebas de oficio implica un compromiso del juez con la verdad, *ergo* con el derecho sustancial, y no con las partes del proceso. Por ello, el decreto de pruebas no afecta la imparcialidad del juez, ya que el funcionario puede decretar pruebas que favorezcan a cualquiera de las partes siempre que le ofrezca a la otra la posibilidad de ejercer el derecho de defensa y contradicción.

El temor por la pérdida de imparcialidad del juez por el decreto oficioso de pruebas, no es diferente al temor que puede tenerse frente a cualquier actuación arbitraria del funcionario. Suponer que al decretar pruebas el juez asume los intereses de las partes, es como suponer que este prejuzga, que puede desviar la correcta aplicación de las normas para favorecer a alguna de las partes; o, en fin, que utiliza su poder correccional para intimidar a los litigantes o, específicamente, a uno de ellos. El juez debe parcializarse en favor de la verdad, manteniendo enhiesta e incólume su imparcialidad en la aplicación de la ley sustancial al caso concreto.⁴¹

Otros justifican que se produce a fin de cuentas una desigualdad entre las partes y el juez, debido a la diferencia económica y cultural que posee cada una para defenderse. Sin embargo nos encontramos con que el principio se satisface con otorgar el espacio o posibilidad para que la parte pueda ejercer sus derechos aunque su igualdad en tales sentidos (económica y cultural), no sea aritmética. De este modo, “es difícil sostener que el juez está en mejor posición que las partes para determinar las pruebas que pudieren dar por comprobados los hechos alegados por ellas [...] Son esas mismas partes las que mejor conocen y más cercanía tienen con los lugares, personas y actividades en que pueden ser encontradas y obtenidas dichas pruebas.”⁴²

⁴⁰ Chiovenda, Guisepppe. En *Principios de Derecho procesal*, Madrid 1922 p. 205.

⁴¹ Corte Constitucional Colombiana T-264 de 2009, MP. Luis Ernesto Vargas Silva en línea: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2009/T-264-09.htm> fecha de consulta (25 de agosto, 2016)

⁴² LUCO, Nicolás: “¿De vuelta al sistema inquisitivo?”, En: LETURIA, Francisco(ed.) Justicia civil y comercial: Una reforma ¿cercana?, Santiago de Chile: Ediciones LYD, 2011, p. 217

En el art. 288 del PCPC, el juez sin lugar a dudas toma un rol activo en la actividad probatoria oficiosa, que si bien como ya se señaló supra existe en nuestro sistema pero mucho más limitada⁴³ permitiendo al juez que “ordene las diligencias probatorias que estime convenientes para esclarecer la verdad”, generando un gran espectro donde no hay límite del tipo de pruebas que estas pueden ser y sobre los hechos en las que las mismas recaen, viéndose afectados dichos principios. Ello, ya que a la hora de decidir, el juez estaría inmiscuyéndose en el ejercicio del derecho a la prueba que tienen las partes, provocando una incongruencia entre dicha facultad y el ejercicio del derecho, debido a que la prueba de oficio indudablemente estaría ocasionando un desequilibrio de armas, pero no porque las partes no ejerzan su derecho de prueba y contraprueba, sino porque se estaría prejuzgando la decisión final del juez, produciéndose una discrepancia entre los hechos controvertidos y el resultado final. La pasividad del juez funciona como protección al principio de la imparcialidad, y es un elemento de la jurisdicción que exigen las normas internacionales.⁴⁴

Hay autores que señalan que el juez asume iniciativa probatoria y causa de modo no intencional el beneficio de una parte, pero él se encuentra obligado ya que esto responde a las funciones de la jurisdicción, ya que cumpliendo los fines de la misma reafirma de este modo su imparcialidad,⁴⁵ El informe del instituto panamericano de derecho procesal⁴⁶ señala que habría problema en conceder estas medidas, ya que el juez cuando las decreta no sabe a quién favorecerá. Sin embargo, no (sería?) cierto que no se sepa a quién favorecerá, ya que lo que realmente no sabe es si finalmente favorecerá o no a una de las partes. Lo grave es que sabe de antemano –al momento de decretar la

⁴³ Las medidas para mejor resolver, la prueba de informe de peritos y la inspección personal del tribunal.

⁴⁴ “Todas persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial” Pacto de San Jose de Costa Rica art 8.1

⁴⁵ *Informe con principales consideraciones críticas del proyecto de ley del nuevo Código Procesal Civil*, del Instituto Panamericano de Derecho Procesal, de julio del 2012 (en adelante INPCPC). El documento no indica día.

⁴⁶ Rodrigo Antonio Rivera Morales, *Actividad probatoria y valoración racional de la prueba*, Marcial Pons, Venezuela 2008

⁴⁴ Gaitán Guerrero, Loly Ayló, “La prueba de oficio en el proceso civil: ¿imparcialidad del juez e igualdad de las partes” *Revista de Derecho Privado*, núm. 43, junio, 2010, pp. 3-22 Universidad de Los Andes Bogotá, Colombia

prueba- a qué parte potencialmente puede favorecer, lo que atenta contra la imparcialidad del juez.

4.2 Principio Dispositivo.

La iniciativa que gozan actualmente las partes en la instrucción del proceso, en donde el juez debe atenerse exclusivamente a la actividad de éstas sin que le sea permitido tomar la iniciativa en el proceso, es lo que conocemos como principio dispositivo, cuyo criterio informa el actual proceso civil.

Con el cambio de paradigma que consagra el PCPC, La interrogante que nace ahora es ¿Se ve afectado el principio dispositivo con las nuevas facultades otorgadas al juez, en relación a la prueba?⁴⁷

El artículo crítico en esta materia es el 288 del PCPC que señala “...el tribunal, de oficio, podrá ordenar las diligencias probatorias que estime necesarias...” Con lo cual podemos advertir ciertas consideraciones. En primer lugar como bien se ha señalado, la tarea de aportar el material probatorio, actualmente le corresponde a las partes, en donde el juez toma un rol pasivo en el cual solo se encarga de apreciar el material probatorio suministrado por las partes para posteriormente fundar y dicta sentencia, con lo cual se da cabal cumplimiento al principio dispositivo, pero desde el momento en que el juez interviene en lo relativo a la aportación del material probatorio en el proceso, se puede dar a entender no satisfecho el principio.

Es así que se señala que las partes son consideradas dueñas de la pretensión en virtud de la cual se decide sobre la Litis, con lo que las partes no solo son llamadas a aportar los hechos al proceso, sino que también a probar sus alegaciones por lo que se debe de evitar que el juez interfiera en este derecho, dejando al juez el deber de atenerse exclusivamente a la actividad de estas sin que le sea permitido tomar iniciativas encaminadas a iniciar el proceso ni establecer la verdad para saber cuál de ellas tiene la razón en la afirmación de los hechos⁴⁸

De esta manera es que entendemos que para dar cabal cumplimiento al principio dispositivo es menester que sean las partes de forma exclusiva las que aporten el

⁴⁸ Devis Echandía, Hernán. *Compendio de derecho procesal*, tomo I, décima edición. Edit. ABC, Bogotá, 1985. p188.

material factico en el proceso, esto se funda en relación con uno de los elementos del principio dispositivo que es la determinación concreta del interés cuya satisfacción se solicita al órgano jurisdiccional, es así que actualmente se señala que este interés tienen carácter privado, y como consecuencia son las partes las llamadas a aportar el material. Siguiendo este orden de ideas es que se señala que el interés comprometido es subjetivo, ya que se ha señalado por parte de la doctrina que el actual sistema que se inclinan por criterios de libertad en el proceso tiene como función derechos subjetivos y no intereses de otro género. Es así que si hablamos de un derecho subjetivo comprometido es que nos referimos que es un derecho que aparece indisolublemente ligado al individuo, en el que siempre existe la plena e incondicionada facultad de disponer del derecho sin interferencia externa, salvo algunas limitaciones que impone el respeto a los derechos de otras personas.

En síntesis, podríamos indicar que la facultad que tienen las partes de aportar el material probatorio en el proceso forma parte del principio dispositivo, es decir es un elemento propio de dicho principio, por lo cual el órgano jurisdiccional no podría intervenir en cuanto al material probatorio sin entrometerse gravemente en la naturaleza privada de los derechos e interés objeto del litigio.

Es de esta forma de acuerdo a lo señalado, que resulta lógico afirmar que las facultades probatorias del juez es contradictorias al principio dispositivo, por ende, también lo sería la facultad expresada en el art 288 del PCPC, ya que dichas facultades las ejerce el juez de oficio.

Es así como el profesor Devis Echarandia señala” corresponde a las partes la iniciativa en general y que el juez debe atenerse exclusivamente a la actividad de estas sin que se permitido tomar iniciativa encaminada a iniciar el proceso ni establecer la verdad para saber cuál de estas tienen razón es la afirmación de los hechos”

Pero la tesis de que el interés en juego en el proceso civil tienen un carácter privado o más bien subjetivo y de esta forma solo a las partes le incumbe la aportación del material probatorio se tensiona en relación a lo expresado en el mensaje del PCPC, el cual alude a que el interés comprometido tiene un carácter público, en atención a

obtener una resolución rápida, y eficaz y justo de los conflictos civiles lo cual sustenta la existencia de amplias facultad al juez.

Por otro lado aquella parte de la doctrina que apoya este cambio de paradigma se justifica en la medida que “el Juez debe ser amplio en la búsqueda de una resolución definitiva, sin detenerse en formalismos que impidan una tutela judicial efectiva o una satisfacción a una pretensión dirimida en un proceso”⁴⁹, es decir, no se trataría de una contradicción, sino que se justificaría como excepción al principio dispositivo; debido a que la legislación expresamente establece la posibilidad de que el juez ejerza alguna actividad probatoria, como las anteriormente señaladas, medidas para mejor resolver. Es así que se indica que estas facultades probatorias del juez no afectarían en nada al principio dispositivo, esto ya que el principio dispositivo tiene un contenido que poco tienen que ver con el desarrollo del proceso como herramienta de tutela de los derecho, lugar al que debe adscribirse la actividad probatoria ⁵⁰

en relación indicar que la prueba de oficio no atentaría con el principio dispositivo es que el profeso Hunter Ampuero sostiene una tesis bastante curiosa la cual señala, si el juez interviene en la actividad probatoria, no estaría afectando en ningún caso el principio dispositivo, si no que vendría a intervenir al principio de aportación de partes, pero acá se mira como una excepción a dicho principio y la iniciativa probatoria ex officio del juez funciona como un correlativo al principio de aportación de parte y ayuda a lograr mejores resultados.

Lo anterior, fundado en la finalidad del nuevo proceso civil, el cual es deslumbrar la verdad de los hechos por lo que para su consecución requiere no sólo que las partes participen en la actividad probatoria, si no que el juez también participe en ella, con el objeto de acercar el resultado probatorio al valor de la verdad. Ello, siempre y cuando se desarrolle una actividad probatoria compartida⁵¹.

Es así que por más que el juez intervenga activamente en la aportación de material probatorio, esto no traería como consecuencia la afectación al principio dispositivo, ya

⁵⁰ Hunter Ampuero, Ivan, “el principio dispositivo y los poderes del juez”, revista de derecho de la potificia universidad católica de valparaiso XXXV, 2010

⁵¹ Correa Selame, Jorge Danilo: “comentario crítico al proyecto de código procesal civil”, ars boni et aequi (año 9 n° 2) 2013

que la naturaleza privada y la libre disponibilidad de los derechos no sufren alteraciones de ninguna especie, el derecho controvertido no dejara de estar en el patrimonio del actor quien podrá disponer libremente de este.⁵²

Otro aspecto que vienen a fundar esta tesis, es el carácter necesario del principio dispositivo y el carácter excepcional del principio de aportación de partes. Es así como el legislador no puede autorizar la iniciación de oficio de un proceso y la determinación de su contenido. En cambio, si puede sustraer de las partes el monopolio de la actividad probatoria y repartirla con el juez; con esto no se afecta ningún derecho constitucional.

Para fundamentar la discusión en base a las facultades que pretende instaurar el art. 288 PCPC, en lo que se refiere al debido proceso, el profesor Tavolari señala que “constituye un error el sostener que la Constitución consagra el debido proceso como un valor superior. Antes que este existe el valor de la justicia. Frente a un valor de esta entidad, sucumben aquellos valores de una jerarquía inferior”⁵³. Señala además que el debido proceso es un valor instrumental. No es aceptable que en aras de mantener el debido proceso se sacrifique el valor de la justicia.

En este orden de ideas, el artículo precedente no presenta como finalidad el de quitar la figura de las partes en el proceso, lo que se busca es que el juez cambie su rol de mero espectador y que las sentencias que deriven de este conflicto, cumplan su propósito, estas deben tener legitimidad y esta no existe si no se ha construido sobre la verdad, así evitando el fraude procesal.

V. Conclusiones:

- La tendencia actual en la mayoría de los ordenamientos jurídicos es la mixtura de los sistemas procesales. Éstos se encuentran regidos preponderantemente por un determinado criterio pero que su opuesto, subsiste con manifestaciones que se configuran como excepciones. En Chile, en procedimiento civil, impera el

⁵² Hunter Ampuero, Iván. “poderes del juez civil: algunas consideraciones a propósito del juez de familia”. *Rev. derecho (Valdivia)* [online]. 2007, vol.20, n.1, pp.205-229. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502007000100009&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0950. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502007000100009>

principio dispositivo por el cual las partes dan inicio al proceso y determinan su objeto. Sin embargo y, en concordancia con la directriz actual, el sistema inquisitivo encuentra sus expresiones.

- Existen facultades probatorias oficiosas en el actual sistema civil. A saber: las medidas para mejor resolver, la prueba pericial, la conciliación y la prueba admitida en segunda instancia. La diferencia fundamental con respecto a las nuevas facultades probatorias del art. 288 PCPC, es que las actuales facultades sólo pueden ser decretadas sobre prueba ya rendida por las partes y no por prueba nueva como si lo permite el Proyecto de Código Procesal Civil.
- Las facultades probatorias oficiosas existen en mayor y menor medida en el derecho comparado y que se diferencian a las contenidas en el PCPC de Chile. Así en España, se da una apertura a la prueba de oficio pero con una limitación legal y en beneficio de partes vulnerables. En efecto, el juez puede de manera excepcional decretar una diligencia probatoria de oficio pero sólo en los casos expresamente autorizados por la ley y en favor de los menores e incapaces.. Similar situación ocurre en Uruguay, en donde las facultades probatorias del juez están condicionadas al tipo de derechos que esté en discusión. Así, cuando lo discutido verse sobre derechos disponibles el juez podrá complementar el material probatorio de las partes. En cambio, cuando el proceso verso sobre derechos indisponibles para las partes, el juez posee amplísimas facultades. Con ello, se vislumbra una gran diferencia con la prueba de oficio del PCPC chileno, dado que éste otorga un amplio margen para el juez y sólo limitado en la etapa procesal en que las diligencias pueden efectuarse (audiencia preparatoria). Además, Al no distinguir del tipo de procedimiento ni de las partes involucradas que se someten al conocimiento del tribunal, permite que estas facultades se apliquen a la totalidad de los procedimientos civiles.
- El PCPC genera un cambio de paradigma en torno a la figura del juez no sólo en su faz probatoria si no que también le otorga importantes potestades direccionales e instructivas en el proceso civil. Estimamos que las normas que componen dichos cambios se encuentran en una correcta dirección en orden a evitar la mala fe procesal y darle la correcta tramitación al proceso evitando

innecesarias dilaciones. Estas modificaciones y facultades erigen a un juez director lo que podría contribuir a un sistema civil mas eficiente.

- El artículo 288 del PCPC otorga facultades al juez para que éste ordene las diligencias probatorias que estime necesarias, fundándose en el esclarecimiento de la verdad de hechos controvertidos. De la forma en que éste está planteado genera incertidumbre al no establecer límites definidos en torno al alcance que puedan tener estas diligencias, comprometiéndose así su imparcialidad y el derecho de igualdad de las partes.
- Esta imparcialidad se afecta porque necesariamente la prueba que se ordene, que si bien podría contribuir a esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, vulnera la existencia de la carga de la prueba en base a la cual las partes formularon su demanda y defensas, dejando al no “beneficiado” por la prueba de oficio en una posición de desigualdad frente a aquel subsidiado, afectando la igualdad de los litigantes. Por lógica, la prueba decretada por el juez va a acreditar o desacreditar las afirmaciones de una parte o de la otra. Por ello, es indudable que nunca se decreta, con imparcialidad.
- La prueba de oficio busca construir el camino más limpio para llegar a la verdad material. Pretende que el juez tenga a su disposición la mayoría elementos probatorios, de manera que se prueben los hechos alegados con claridad y, finalmente, la decisión judicial se aproxime en mayores términos a la justicia. El PCPC, se fundamenta en lo anterior, generando un cambio de paradigma en torno a la finalidad del proceso, cual es el esclarecimiento de la verdad, esbozado tanto en el mensaje del Proyecto y el mismo art. 288.
- La búsqueda o aproximación a la verdad y justicia se configura como la piedra angular del nuevo proceso civil. El estado considera que los conflictos civiles son relevantes para la sociedad y en la medida que éste se base en decisiones más justas tendrá una mayor legitimación social, cumpliendo con sus objetivos mas puros de justicia. Es claro que el cambio de paradigma viene a derribar

criterios clásicos que forman el actual procedimiento, pero consideramos que pueden subsistir y tener un sistema coherente siempre y cuando sea la ley la que delimite de forma clara los casos en que estos principios rectores encuentran sus excepciones.

- Hay autores que justifican y le dan asidero a la nueva concepción del proceso y a las atribuciones otorgadas al juez en pos de la verdad. Ésta búsqueda de la “verdad” no debe entenderse bajo ningún punto de vista como absoluta que, superando discusiones filosóficas, es imposible obtenerla en la vida y el proceso.
- La prueba de oficio del art. 288 PCPC, compromete la imparcialidad del juzgador, toda vez que el juez, en el caso de decretar tales medidas, beneficiaría a alguna de las partes generando un desequilibrio en la relación procesal.
- El principio dispositivo se ve tensionado por la prueba de oficio del art 288 PCPC, dado que la prueba de oficio atenta a uno de los elementos de dicho principio, el cual corresponde a que son las partes a las que les incumbe la aportación de material probatorio en el proceso y si el juzgador interviene en aquello, como sería con la aplicación del artículo 288 se deja de satisfacer el principio.
- Si para dar cumplimiento a uno de los nuevos fines del proceso que es la búsqueda de la “verdad”, se podría aceptar la afectación del principio dispositivo entre otros. Es así que se puede entender que la búsqueda de la verdad de los hechos controvertidos tienen un rol preponderante lo que puede legitimar dichas vulneraciones
- El proyecto plantea una situación aún más extraña, y es que contempla la posibilidad, de que la parte que es obligada a probar, pueda oponerse a la prueba decretada e incluso permite que se ofrezca contra prueba, pero esta oposición no se dirige contra la otra parte, si no que se da claramente contra el juez, el que estaría claramente interactuando y en una posición similar a las de las partes, lo

cual no se debe permitir, ya que además de comprometer su parcialidad, compromete su imparcialidad

- Asumir que la verdad es el fin último del proceso, es contrario incluso al interés de las partes, que no es otro que se resuelva su conflicto en el menor tiempo posible. El juez decretando diligencias probatorias, podría generar dilaciones indebidas y no previstas por las partes.
- ¿Hasta que punto la búsqueda de la verdad, es más relevante que las garantías constitucionales?

VI. Bibliografía.

Alvarado Velloso, A. *La Imparcialidad Judicial*. En la Ciencia del Derecho Procesal Constitucional “Estudios en Homenaje a Héctor Fix-Zamudio”. México, 2008.

Alvarado Velloso, A. *El Garantismo Procesal. En Activismo y Garantismo Procesal*. Córdoba, Argentina: Ediciones de la academia nacional de Derecho y Ciencias Sociales, 2009.

Alvarado Velloso, Adolfo, *Introducción al estudio del derecho procesal*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1989.

Alvarado Velloso, Adolfo. *El debido proceso de la garantía constitucional*. Rosario: Ed. Zeus. 2003.

Bordali Salamanca, A. *Proceso Civil hacia una Nueva Justicia Civil*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007.

Código modelo para Iberoamérica, Montevideo, 1988.

Carocca Pérez, A. *Manual de Derecho Procesal tomo III*. Santiago: Lexis Nexis, 2003.

Couture Etcheverry, E. *Teorías de las diligencias para mejor proveer*. Montevideo: Edit. Casa A Barreiro Ramos, 1932.

Correa Selame, Jorge Danilo: “comentario crítico al proyecto de código procesal civil”, *ars boni et aequi*, 2013.

Chiovenda, G. *Principios de Derecho Procesal*. Madrid. 1992

Devis Echandia, Hernan *Compendio de derecho procesal tomo I*, décima edición. Editorial ABC, Bogotá 1985.

Gaitán Guerrero, Loly Aylú^[1] “La prueba de oficio en el proceso civil: “imparcialidad del juez e igualdad de las partes”^[2] *Revista de Derecho Privado*, Universidad de Los Andes, Bogotá, 2010.

Hunter Ampuero, I. “El principio dispositivo y los poderes del juez”. En revista de derecho de la pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2010.

Hunter Ampuero, I. “poderes del juez civil: algunas consideraciones a propósito del juez de familia”. Rev. Derecho, Valdivia, 2007,

Ley N°1/2000, Ley de Enjuiciamiento Civil. España: 07 de enero 1882.

Ley N° 15.982. Código General del Proceso, Uruguay: 18 de octubre de 1988.

Moreno V, Cortes V. *Introducción al Derecho Procesal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

Nieva Fenoll, Jordi : *Derecho Procesal I introducción*, marcial pons, Madrid 2014.

Palomo Velez, D. “Proceso Civil Oral: ¿Qué modelo de juez requiere?”. En revista de Derecho. Valdivia, 2005.

Palomo Velez D. Proceso Civil Oral: ¿Qué modelo de juez requiere? Rev. Derecho Valdivia: 2005.

Rivera Morales R, *Actividad probatoria y valoración racional de la prueba*, Marcial Pons, Venezuela 2008.

Roman Diaz, F. “Reflexiones en torno a la propuesta de reforma al procedimiento civil chileno: principio procesales relativos al órgano jurisdiccional”. En revista chilena de Derecho, 2007.

Taruffo M. “*Modelli di prova e di procedimento probatorio*” En Di diritto processuale. 1990.

Taruffo M. *Páginas sobre la justicia civil*. Madrid: Marcial Pons, 2009.

Taruffo, M. Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa. *Ius et Praxis* 2006.

