

Revista
de
Derecho
DGLGCUO

Revista de Derecho (Valdivia)

ISSN: 0716-9132

revider@uach.cl

Universidad Austral de Chile
Chile

Palomo Vélez, Diego

PROCESO CIVIL ORAL: ¿QUÉ MODELO DE JUEZ REQUIERE?

Revista de Derecho (Valdivia), vol. XVIII, núm. 1, julio, 2005, pp. 171-197

Universidad Austral de Chile

Valdivia, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173713782007>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica





Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto



Revista de derecho (Valdivia)

ISSN 0718-0950 *versión on-line*

-  Como citar este artículo
-  Agregar a favoritos
-  Enviar a e-mail
-  Imprimir HTML

Rev. derecho (Valdivia) v.18 n.1 Valdivia jul. 2005

Revista de Derecho, Vol. XVIII N° 1, julio 2005, pp. 171-197

INVESTIGACIONES

PROCESO CIVIL ORAL: ¿QUÉ MODELO DE JUEZ REQUIERE?

Oral civil procedure: What kind of judge it requires?

Diego Palomo Vélez*

* Abogado, Magister en Derecho, Profesor de Derecho Procesal Universidad de Talca, Chile, dpalomo@utalca.cl

Resumen

A partir del análisis de la perjudicial influencia que ha ejercido la estructura escrita y desconcentrada del proceso civil chileno sobre la actuación real del juez civil chileno y las consecuencias que ello apareja a la trascendental actividad de la prueba, se valoran los positivos cambios que en esta materia acarrearía la asunción de un modelo procesal civil oral, terminando con la dañina imagen de una Justicia civil lejana, a través de la mayor y efectiva participación del juez en el proceso, especialmente en la práctica de la prueba. Se advierte, con todo, sobre el fácil peligro de asumir mitos y utopías doctrinales que, ligados al fenómeno de publicización o socialización del proceso civil y asociados por un sector de la doctrina a la idea de la asunción de la oralidad en los juicios civiles, instan por un amplio protagonismo judicial en

el campo material y no sólo procedimental, especialmente en materia de iniciativa probatoria, cuestión que no estimamos ni razonable ni coherente con los principios procesales que debe sustentar un proceso civil, manteniendo el juez su carácter de tercero ajeno al litigio.

PROCESO CIVIL ORAL - INMEDIACIÓN JUDICIAL - INICIATIVA PROBATORIA

Abstract

This article begins with a reference to the negative effects the written and decentralized structure of the Chilean civil procedure has had on the performance of Chilean judges, and the consequences this has brought in the practice of evidence. The author appraises the positive changes that an oral civil procedure may introduce in this area, by a greater and more effective participation of the judge during the course of the procedure, and especially in the probatory stage. However, the author warns about the risks involved in the acceptance of idealistic and unfeasible theories that call for a broad judicial activism regarding not only procedural law, but also substantive law, especially concerning probatory initiative. The author regards activism in this area as inconsistent with the principles applicable to civil procedure in which the judge must maintain his/her position as a third party not involved in the conflict.

ORAL CIVIL PROCEDURE - JUDICIAL INVOLVEMENT - PROBATORY INITIATIVE

I. PLANTEAMIENTO

Estamos convencidos de que la reforma del modelo procesal civil chileno es una necesidad que debe afrontarse con el mismo entusiasmo demostrado a propósito de la reforma procesal penal.¹ El deficiente funcionamiento de la Justicia Civil, maniatada por un modelo procesal profundamente escrito, así lo viene exigiendo, principalmente atendiendo al excesivo e injustificado tiempo que de ordinario debe transcurrir desde el comienzo del proceso hasta el logro de una resolución eficaz, vale decir, con capacidad de producir transformaciones reales en las vidas de quienes han acudido a los tribunales.

Hemos sostenido en otros lugares² que la reforma procesal civil nacional debe saber introducir el modelo de proceso civil por audiencias, donde el predominio formal sea de la oralidad. Identificamos en el modelo oral una serie de facilitadores formales que permitirían superar la situación actual. Ahora bien, hemos advertido también sobre la necesidad de proceder en esta materia esquivando los excesos puramente teóricos que han solido acompañar a una manoseada y en ocasiones desperfilada "idea símbolo" de la oralidad.³ Tanto los mitos como las utopías, desgraciadamente, han estado "a la orden del día",⁴ olvidando la realidad práctica y mezclando una cuestión de carácter técnico⁵ con consideraciones de carácter político.

Uno de los puntos más relevantes a abordar en esta señalada reforma procesal civil liga con la necesidad de terminar con la extendida imagen de una Justicia lejana y distante, donde el juez aparentemente figura y se sitúa al final de los dilatados trámites que comprende el proceso civil criollo. Consideramos que el modelo oral estructura el trabajo jurisdiccional, de modo que cada asunto puede ser mejor seguido y conocido por el tribunal desde su inicio, cuestión especialmente relevante en lo que se vincula con la práctica y valoración de la prueba.⁶ El modelo de proceso por audiencias se sostiene en la intermediación efectiva e inexorable del juez, lo que en gran medida permitiría cambiar el modelo de juez que tenemos.

En estas breves líneas intentamos fundamentalmente dos cosas. En primer lugar, un diagnóstico y explicación de la situación actual real en relación con el punto que en este trabajo nos interesa. Y, en segundo lugar, procedemos al análisis del modelo de juez que requiere un modelo procesal oral como el que venimos postulando, revalorizando la

importancia de la intermediación judicial efectiva en el acierto y justicia de las decisiones, pero descartando la conveniencia de la asunción de posiciones doctrinales que atentan tanto con la imparcialidad y neutralidad del juzgador como contra la razonabilidad que finalmente debe imponerse si se atiende a los dictados de la experiencia práctica.

II. Proceso civil vigente: El paradigma del juez lector y sentenciador

El diseño del vigente modelo procesal civil chileno claramente se sostiene en la escritura como regla formal casi exclusiva. De hecho, el brocardo jurídico *quod non est in actis est in mundo* y el protagonismo del expediente no cuentan con unos contrapesos efectivos, ni aún en aquellas instancias o procedimientos en los cuales el legislador ha pretendido la introducción de mayores grados de oralidad.⁷ Así las cosas, la marcada estructura escrita del proceso civil y la arraigada cultura de la escritura han supuesto un obstáculo derechamente insalvable para la introducción de cambios con incidencia real. Es más, los operadores y sujetos jurídicos han sabido acomodar su actuación a las reglas conductuales propias del modelo escrito, facilitando de esta manera el surgimiento y la consolidación de los importantes problemas que han caracterizado el funcionamiento del sistema procesal civil nacional.

A esta deficiente situación no han podido escapar nuestros jueces, quienes se han visto inmersos en un modelo procesal que por un lado claramente privilegia la excesiva acumulación de papeles y actas y por el otro minusvalora la concentración procesal y pone cortapisas prácticamente insalvables a la intermediación judicial. Esta situación, que puede calificarse de estructural, vale decir, proveniente del diseño formal escrito que recoge el CPC, debe entenderse como la causa fundamental del modelo de juzgador que tenemos, "visible" en la mayoría de los casos sólo al momento de dictar la sentencia.

Efectivamente, el carácter profundamente escrito del procedimiento civil criollo, su innegable disgregación y desconcentración y su excesiva duración han generado el fenómeno de la "desaparición" del juez durante el curso del mismo, salvo en lo que se relaciona con la dictación de las resoluciones. En esta dinámica formal se ha impuesto la intermediación y la delegación, incluso con el apoyo de expresas normas legales que así la autorizan, resintiendo de esta manera actividades procesales tan centrales como la prueba, donde paradójicamente el destinatario es el juez.⁸

En definitiva, la situación es bastante delicada, por no decir derechamente grave. La forma escrita no se ha mostrado como una buena compañera cuando se trata de la actividad de la prueba, y no lo ha sido porque un proceso civil tan escrito como el que recoge el CPC apunta en la dirección contraria a la que aparece como la más razonable, conveniente y útil tratándose de la actividad probatoria, la que exige un contacto directo y frontal del juez con las partes y sus distintos medios de prueba. En un sistema escrito que tiende a la desconcentración y dispersión de los actos, también de las actuaciones probatorias, la intermediación judicial en la práctica probatoria suele no tener un correlato efectivo con aquello que disponen las normas legales.

Digámoslo con toda rotundidad. El hecho de que la actividad probatoria se lleve a cabo en un escenario procesal tan escrito y desconcentrado ha demostrado ser fuente de importantes dificultades y, sobre todo, de claro desaliento para el concurso efectivo de la presencia del juez en la actividad relativa a la práctica de las pruebas, ello no obstante normas que así expresamente lo exigen. Con todo, por extraño que pueda resultar, ha sido la propia normativa procesal la que ha terminado evidenciando la incompatibilidad existente entre un sistema escrito y la posibilidad de una efectiva intermediación judicial. Por ejemplo, frente a normas en principio⁹ favorecedoras de la intermediación como las contenidas en los artículos 365 (prueba testimonial) o 388 (absolución de posiciones) se pone a disposición otras como la norma del artículo 390 COT, claramente legitimante de la extendida mediación impuesta en la práctica, especialmente perjudicial tratándose de las pruebas personales, seriamente desperfiladas en su importancia,¹⁰ actualmente a cargo de los receptores o, en cualquier caso,

bajo responsabilidad de otros funcionarios distintos del juez que actúan como ministros de fe.¹¹

El modelo escrito que tenemos no incentiva la efectiva presencia del juez en la práctica probatoria. Lo contrario en realidad, el sistema facilita la rápida extensión de la intermediación, con la consiguiente invisibilidad del juez en esta importante actividad. Debe existir en nuestros jueces un sentimiento de inutilidad¹² respecto a la inmediación, motivado por la dispersión y desconcentración existente a propósito de la práctica de pruebas, empero también por el prolongado y excesivo tiempo que transcurre desde esta práctica probatoria dispersa y la dictación de la sentencia. De hecho, por el diseño que impone la estructura escrita y desconcentrada de nuestro proceso, resulta prácticamente imposible que los jueces puedan dictar la sentencia con el recuerdo cercano de la prueba rendida (suponiendo que haya efectivamente asistido a dicha práctica probatoria). Todo transcurre lentamente,¹³ en los tiempos que requiere el proceso escrito, de forma tal que cuando la causa llega al estado de dictar la sentencia, el juzgador que, prescindiendo de intermediarios, sí se ha dado el trabajo y tomado el tiempo de presenciar la práctica de las pruebas habrá debido fallar entretanto ya varios casos de variada complejidad, razón por la cual la mayoría de las veces habrá olvidado lo que ha presenciado y escuchado directamente en persona, quedando constreñido a la constancia escrita que figura en las actas.

A lo anterior debe sumarse otra cortapisa contra la inmediación judicial, cual es que el sistema existente no impide la sustitución del juez durante la substanciación del juicio. En tal eventualidad, es uno el juez ante el cual se rinden las pruebas y otro aquel que finalmente debe resolver el asunto. Esta posibilidad atenta contra la inmediación en su sentido estricto que, como se sabe, bien exige que el juez que resuelva al asunto sea el mismo que haya presenciado la práctica de las pruebas, única manera, por lo demás, de que la regla procesal no sea vaciada de contenido.

En definitiva, el dominio estructural de la escritura hace surgir en los jueces el convencimiento de la inutilidad o inoportunidad del contacto directo con los elementos que componen la causa, especialmente con los medios de prueba, ya que todos sus resultados deben ser consignados en actas y serán éstas las únicas que deban utilizarse para pronunciar la decisión. El juez renuncia a presenciar la práctica de las pruebas, de lo cual se hace cargo un intermediario, tomando conocimiento de ella posteriormente por la transcripción escrita que dicho intermediario ha realizado en las actas. Así planteadas las cosas, la delegación, la mediación, la intermediación y la validación de referencias ajenas surgen como la alternativa ofrecida desde la práctica, apoyada como vimos en la propia Ley.

Se posterga así la actividad más trascendente del proceso, entregándola a sujetos intermediarios cuya actuación, por mayor esfuerzo que pongan, genera importantes defectos en la integridad del convencimiento judicial, especialmente en lo que liga con las denominadas pruebas personales, dado el alejamiento o el desconocimiento mismo de la fuente de prueba. Los indudables límites de la transcripción escrita contenida en las actas levantadas por los intermediarios terminan reflejándose al momento de la formación de la convicción judicial y de la valoración de las pruebas.¹⁴

El juez debe resignarse "escarbando"¹⁵ entre los generalmente numerosos escritos acumulados en el "sagrado" expediente, donde -añadidas- figuran las actas en las cuales se recogen las pruebas rendidas ante otros sujetos delegados. En este lamentable esquema de trabajo el juez chileno acostumbra fallar sólo leyendo el expediente que se pone a su disposición; de allí que hablemos del paradigma o modelo de juez lector.¹⁶

Claramente, la "visibilidad" del juez, esto es, de aquel tercero imparcial llamado a resolver el conflicto que enfrenta a las partes, se encuentra debilitada bajo el actual régimen escrito recogido por nuestra Ley procesal civil. Prácticamente el juicio entero, desde la demanda hasta la sentencia, puede transcurrir en primera instancia sin que las partes, ni siquiera sus

abogados, se enfrenten en ningún momento con el juez ni éste por consiguiente los vea ni escuche. Así las cosas, el juez nacional constriñe su actividad prácticamente a la de dictar las sentencias y resoluciones (de allí que hablemos también del paradigma o modelo de juez sentenciador), que se convierte en el momento procesal en el cual el juez, tras la solitaria lectura del expediente, adquiere el conocimiento del proceso y su concreto objeto. De ordinario se culpa de esta situación al exceso de carga de trabajo, también a la tradicional pasividad de la Magistratura, pero lo cierto es que el verdadero culpable de estos problemas debe buscarse en la estructura del sistema escrito que hace inviable una compaginación real con la intermediación judicial.¹⁷ Derechamente, estimamos que el actual es un sistema formal que potencia la ausencia del juez, por ello la clara necesidad de cambios en este sentido.

III. MODELO PROCESAL ORAL: LA PLATAFORMA NECESARIA PARA EL MILAGRO DE UN JUICIO CIVIL CON JUEZ VISIBLE Y DIRECTOR. EL ACECHO DE LOS MITOS Y UTOPÍAS

Creemos que la solución a esta ausencia o "invisibilidad" del juez debe buscarse en la implementación de un profundo cambio en el diseño estructural del actual proceso civil donde la oralidad y sus reglas, vale decir, la concentración procesal, la intermediación judicial y la publicidad tomen la palabra, reservando la regla de la escritura solamente para aquellas actuaciones procesales que la requieran, como las alegaciones iniciales.¹⁸

En efecto, la opción por un modelo procesal oral se sostiene en una estructura y en unas coordenadas formales claramente diversas a las que hoy identifican nuestro modelo procesal. De entrada, en él la prueba del material fáctico aportado por las partes se produce oral y concentradamente, con la intermediación efectiva del juez y con general publicidad. Son estas coordenadas formales presentes en la fase de la prueba las que bastan para identificar al sistema oral,¹⁹ sin perjuicio de reconocer que la adecuada regulación de una audiencia previa al acto del juicio con sus tradicionales y muy útiles finalidades saneadoras y delimitadoras tanto del objeto del juicio como de la prueba debiera contribuir decisivamente en la rápida consolidación del nuevo sistema.

Los efectos positivos de un modelo procesal oral en la materia probatoria no se discuten.²⁰ En efecto, junto con aportar flexibilidad y espontaneidad en el procedimiento probatorio, en este modelo procesal se apuesta por la concentración probatoria en única audiencia (aunque conste de varias sesiones) y en la sede del tribunal, lo que se plantea como una solución mucho más razonable que la que tenemos, especialmente frente a la actual dispersión de la práctica de las pruebas. Claramente, la concentración favorece y posibilita la aplicación efectiva de la oralidad en esta fase del proceso. Con su previsión se debe perseguir que las actuaciones probatorias orales verificadas en el acto del juicio, su desarrollo y resultados permanezcan en la memoria del juez al momento de dictar la sentencia, cuestión que se vería dificultada o imposibilitada si junto con la regla de la oralidad no se recogiese también la exigencia de concentración en la práctica probatoria. Al imponerse una práctica probatoria fundamentalmente concentrada y consagrarse la proximidad de dicha práctica con el momento de dictar sentencia se posibilita también la intermediación efectiva y real (el juez de verdad deberá estar siempre presente), lo que debe permitir obtener los mayores provechos del contacto directo, frontal y concentrado del juzgador con las partes y sus medios de prueba, facilitando asimismo la valoración judicial.

La intermediación judicial (hablamos de sus dos sentidos: el amplio y el estricto) aparece claramente fortalecida en la estructura procesal oral y concentrada.²¹ Genera el verdadero "milagro" de una práctica de la prueba con efectiva presencia y participación del juez, donde la intermediación en esta importantísima actividad ya no tiene espacio. La estructura del modelo termina forzando la presencia efectiva, directa y real del juez en la práctica de la prueba.²² Se impone el contacto e intervención directos e inmediatos del juzgador respecto a la actividad probatoria, desde luego como una medida procesal básica para garantizar la justicia y acierto de la actividad jurisdiccional decisoria. El juez forma su convicción a través

de la presencia directa en la práctica de las pruebas, a través del contacto directo con las personas que intervienen en la audiencia, todo lo cual debe ir complementado con la asunción de un sistema de valoración libre de la prueba (según las reglas de la sana crítica) que mantenga solamente aquellos criterios legales que constituyan máximas de la experiencia indubitadas.

El modelo procesal civil oral debe instalarse en nuestro país para satisfacer la necesidad de estructurar el trabajo jurisdiccional más racionalmente, de modo tal que cada asunto sea mejor seguido y conocido por el tribunal, especialmente en lo que liga con la práctica y valoración probatoria, cambiando así la imagen de una Justicia lejana y distante, aparentemente situada al final de dilatados trámites, tras los cuales en muchas ocasiones resulta difícil que se perciba el real interés y esfuerzo de los Tribunales y de quienes los integran. A su turno, un diseño formal oral y concentrado del proceso civil, sostenido efectivamente en esta implicación inicial y permanente del juez con la causa, sin intermediarios, ha de constituir un importante reto para los jueces al imponerles un profundo cambio de hábitos, viéndose éstos forzados a abandonar su habitual distancia generada y fomentada, no caben dudas, por un modelo escrito reconocido multiplicador de la intermediación y de la dispersión procesal, posibilitando por fin un encuentro que se asume muy complejo e irreal en un modelo escrito como el consagrado en el CPC, no otro que entre la intermediación judicial y el proceso civil.²³

Evidentemente una nueva normativa sostenida en el modelo oral debiera exigir expresamente que el mismo juez que presencié la práctica de las pruebas sea quien dicte la sentencia. La exigencia de un contacto directo e inmediato entre el juez y las pruebas se justifica en que su certeza sobre los hechos deba formarse sobre lo visto y oído, no sobre el reflejo documental escrito del resultado de los medios de prueba, de modo que la consecuencia es que el juez que ha presenciado la prueba necesariamente ha de ser el mismo que dicte la sentencia.²⁴

Como puede verse, la asunción efectiva de un proceso civil oral debe aparejar un verdadero nuevo modelo de juez civil que asuma una posición mucho más cercana con la causa, las partes y muy especialmente con la práctica de las pruebas, que abandone el tradicional rol de juez lector para transformarse en un juez visible, director, presente y partícipe, cambio que viene impuesto por las concepciones más racionales del Derecho Procesal, ya recogido en los regímenes procesales civiles de distintos países tanto de América Latina como de Europa.

Con todo, y aquí comenzamos a referirnos a los peligros de los tentadores mitos en esta materia, es nuestra posición que conviene introducir los cambios en la estructura procesal civil sin caer en extremos que alteren la esencia de los principios en los cuales se sustenta razonablemente un sistema procesal civil, esto es, el principio dispositivo y de aportación de parte,²⁵ que, como bien se sabe, encuentran su fundamento y origen en la naturaleza predominantemente privada o individual de los derechos e intereses en juego.²⁶ Lo que explica que el proceso se construya asignando a las partes un papel muy importante. Por ello, como no debe ser de otra forma, de las partes depende la existencia del proceso,²⁷ como también la determinación de su objeto.²⁸ Lo propio en cuanto a los concretos resultados del proceso, los que dependen en importante medida del adecuado ejercicio por los litigantes de las distintas oportunidades de actuación procesal previstas por la Ley, muy especialmente lo que liga con la aportación al proceso de los elementos fácticos y la prueba de los hechos que les interesen.²⁹

Dicho más claramente, la mayor y más intensa intervención que postulamos para el juez civil en un posible modelo procesal oral debe traducirse fundamentalmente en mayores poderes de dirección y control formal del proceso, particularmente del debate oral y concentrado que se propicia en este sistema oral, empero no compartimos, por las razones que expresaremos a continuación, aquellas posiciones doctrinales que asocian la introducción de la oralidad con un mayor protagonismo del juez en materia de iniciativa probatoria, pretendiendo conferirle amplísimas facultades (en realidad deberes)³⁰ en la decisión respecto de la práctica de

diligencias probatorias tendentes al descubrimiento de la verdad. Es en este punto donde creemos que resulta útil y necesario el ejercicio de no dejarse llevar tan fácilmente por un exceso de entusiasmo que pueda afectar las bases sobre las cuales, a nuestro juicio, se debe construir un proceso civil.

Desde luego, lo que a continuación comentamos sobre esta cuestión lo hacemos desde la certeza de que en la realidad no existen sistemas de enjuiciamiento civil puros que entreguen toda la conducción del proceso a las partes o, por el contrario, al juez.³¹ En consecuencia, el problema, si bien importante, debe asumirse desde esa perspectiva que otorga la realidad (a la cual no cabe desatender), sin pretender ofrecer postulados de aplicación absoluta. Dependiendo de la posición que se sostenga, se podrá estar mucho más cerca de uno u otro extremo, empero admitiendo la necesidad (al menos la realidad) del posible contrapeso matizador de alguna manifestación del principio opuesto.³² Con todo, es importante insistir aquí en que la cautela debe ser la principal consejera en estas relevantes materias, evitando con ella derivar en conclusiones que, junto con no ser del todo razonables en el terreno procesal civil y comprometer el deber de imparcialidad del juez, sólo se sostengan desde la comodidad de la teoría procesal, sin la posibilidad de verse reflejadas efectivamente en la realidad práctica.

Creemos que en el campo de acción que corresponde al proceso civil es de suyo razonable y, desde luego, conveniente, que la Ley confíe fundamentalmente a las partes la tarea de alegar (introducir) y probar los hechos que les interesen, debiendo el juez juzgar según las alegaciones y pruebas aportadas por las partes, sin que esté, por regla general, habilitado para introducir por sí mismo hechos nuevos de carácter fundamental ni para realizar o intervenir en más actividad probatoria que la solicitada por las partes del juicio. Estamos convencidos que rectamente entendidos estos principios (sin caer en excesos ya superados)³³ deben mantenerse en un modelo procesal oral, sin perjuicio de los necesarios matices que admitamos en lo que se relaciona con la iniciativa probatoria judicial. Insistimos, como regla, los procesos civiles persiguen la tutela de derechos e intereses legítimos de determinados sujetos jurídicos, a los cuales debe corresponder la iniciativa procesal y la configuración y determinación del objeto del juicio, y en donde las cargas atribuidas a ellos y su lógica diligencia para obtener la tutela solicitada debe configurar, razonablemente, el trabajo del tribunal. No aparece razonable ni conveniente que al órgano jurisdiccional le corresponda o incumba sustituir la labor de las partes a través de la investigación y comprobación oficiosa de la veracidad de los hechos.

Pero, como lo hemos dicho, la nuestra no es una opinión que sea compartida por toda la doctrina procesal. La verdad, debemos decir que en Chile y Latinoamérica³⁴ un importante sector de la doctrina sostiene planteamientos que se alejan de los nuestros.³⁵ En efecto, se trata de posiciones que instan por mucho mayores grados de intervención del juzgador que, en lo que respecta a su origen y fundamento, se encuentran apoyadas en la ideología publicista nacida con F. Klein³⁶ y la Ordenanza Procesal Civil austríaca de 1895³⁷ propagada durante el curso de la centuria pasada en gran medida gracias a la extensión del fenómeno conocido como la socialización del proceso civil, que ha calado fuertemente en el procesalismo latinoamericano.

Desde estas posiciones doctrinales (generalmente autodenominadas modernas o progresistas),³⁸ principalmente y en lo que más nos interesa a los efectos de este trabajo, lo que se cuestiona es el reparto de facultades materiales de dirección del proceso entre el juez y las partes, postulándose un considerable incremento de facultades probatorias del tribunal, mediante el cual se persigue la obtención de una *decisión justa*³⁹ basada en el establecimiento de la *verdad* de los hechos históricos. De hecho, en lo que respecta a nuestro actual modelo de juez civil si bien se reconoce por la doctrina la existencia en el CPC de algunas disposiciones que persiguen la aplicación del principio de investigación judicial de oficio, se alega la necesidad de ampliarlo.

Se señala por esta doctrina que si bien los litigantes son libres de disponer de los intereses deducidos, no lo son en cuanto al proceso y su desarrollo, siendo el proceso no sólo un instrumento dirigido a la tutela jurisdiccional de derechos privados, sino además una *función pública del Estado*.⁴⁰ Bajo el amparo de esta idea publicista y socializadora del proceso se postula limitar significativamente el concreto alcance del principio de aportación de parte y redistribuir las facultades mediante la atribución al juez de mayor poder en el esclarecimiento del asunto *sublite*, por tanto, mayores iniciativas probatorias y la consecuente posibilidad de utilizar todos los medios de prueba sin tener en cuenta las proposiciones de prueba que puedan formular las respectivas partes. En este sentido se ha dicho que la realización de los fines de interés público en la Administración de Justicia en el proceso civil sólo se obtendrá con un proceso *inquisitivo* en cuanto a la búsqueda del material probatorio y con libertad de apreciación de los medios de prueba aportados por el juez que debe pronunciar la sentencia.⁴¹

No compartimos las posiciones favorecedoras de un juez claramente "activista" en materia de iniciativa probatoria, a pesar de que han logrado tener materialización en varios textos procesales de la Región,⁴² incluso en el Código Procesal Civil Modelo,⁴³ a sabiendas del riesgo de ser catalogados como contrarios a las tendencias "modernas".⁴⁴ Estimamos que las aplicaciones que se pretenden respecto al papel del juez en materia probatoria para el fenómeno de la socialización del proceso civil se traducen en excesos doctrinarios que, confundiendo los poderes-deberes materiales y los poderes-deberes procesales de dirección del proceso, ya parten de un mito, la fijación como un objetivo de la búsqueda de la verdad de los hechos materiales o históricos en el proceso civil.⁴⁵

La prueba "civil" la entendemos como la actividad procesal desarrollada por las partes -con el tribunal- mediante la cual se pretende o persigue que el juez adquiera el convencimiento sobre la verdad o certeza de una afirmación fáctica, o bien, su fijación como ciertos a los efectos del proceso. Bien vista, esta conceptualización de la prueba esquivada el importante irrealismo en el cual han incurrido algunas posiciones. En efecto, cuando decimos que la prueba es la actividad procesal a través de la cual se persigue que el juzgador adquiera la convicción o el convencimiento sobre la verdad de un hecho afirmado por alguna de las partes, no decimos que la demostración o averiguación de la verdad de ese hecho constituya la finalidad que tenga asignada la prueba en el marco del proceso civil. Y no lo decimos porque el tiempo en que la verdad material o histórica de los hechos pretendía ser el fin del proceso civil lo asumimos superado por la realidad del propio proceso, por las dificultades que aparea la propia naturaleza del proceso civil que, a diferencia de lo que de ordinario acontece en los procesos penales, condiciona y limita al juez respecto a sus posibilidades para dar con la verdad material. Bien se ha dicho que la prueba procesal civil es actividad verificadora, no investigadora.⁴⁶

Creemos que las posiciones adscritas o inspiradas en el señalado fenómeno de la socialización del proceso civil pecan, con buenas intenciones, de irrealismo utópico. Lo que se persigue con la prueba no es otra cosa que la convicción psicológica del juez, respecto de la verdad o certeza de los hechos afirmados por las partes. La finalidad de la prueba civil no radica (porque no puede) en la verdad histórica o en la realidad material de los hechos, sino en la obtención de la convicción subjetiva que el juzgador logre formarse una vez practicadas las pruebas.⁴⁷ En otros términos, debe ser suficiente que el juez esté *moralmente* convencido de la verdad de un hecho o que tenga la certeza de la afirmación fáctica. En un proceso civil, el convencimiento del juzgador sobre la verdad o certeza de las afirmaciones de las partes debe formarse en el marco de posibilidades y limitaciones que le son consustanciales atendida su propia naturaleza. La convicción del juez se debe de lograr, no sin complejidades y dificultades (no las negamos), a partir de ellas. Pretender articular el diseño procesal de un "super juez civil", por sobre todas las cosas activista y poseedor de considerables y amplias facultades en materia de iniciativa probatoria es sin dudas ilusorio,⁴⁸ pero también puede resultar atentatorio al deber de imparcialidad judicial en aquellos casos en que se utilicen efectivamente.

Aun no asumiendo el mito de la verdad histórica o material, mantenemos que la importancia de la actividad procesal probatoria es innegable y claramente decisiva en el desenlace del proceso civil. Es la convicción psicológica del juzgador sobre la verdad o certeza de una afirmación fáctica lo que está en juego. O, en su caso, su fijación como ciertos a los efectos del proceso. Además, decir que no puede ser exigible que la verdad histórica o material coincida con la que arroje la práctica de la prueba, no implica decir que en esta clase de procesos deba renunciarse completamente a ella. De hecho, creemos que lo más normal será que todavía tratándose del proceso civil deba tenderse hacia ella, aunque en ocasiones no se alcance, y a ello justamente debe apuntar la más razonable estructuración del proceso civil bajo las coordenadas de la forma oral, la concentración probatoria y la intermediación judicial efectiva. En efecto, estimamos que las limitaciones ínsitas en el proceso civil de las que hemos hablado deben de alguna manera y en algún grado "contrapesarse" con una regulación procedimental de la práctica de la prueba que tienda a la facilitación del contacto inmediato del juez, el fundamental destinatario de la prueba, con los medios de prueba. El saber combinar la oralidad del procedimiento y la intermediación judicial efectiva producirá claras ventajas en las posibilidades de mayor acercamiento al descubrimiento de la relación jurídico material envuelta en el proceso, permitiendo al juez formular preguntas y solicitar explicaciones o aclaraciones, poder apreciar directamente los signos externos de las partes, testigos y peritos, todo en orden a la obtención de la plenitud del material de hecho en el proceso y para asegurar la obligación de veracidad de los intervinientes.⁴⁹

Es importante no hacer de toda cuestión una discusión fundamentalmente inútil donde un nuevo modelo de juez civil aparezca más como una caricatura que convierte al juzgador en una especie de superhéroe popular con exceso de protagonismo, que como una figura conveniente, respetuosa del deber de imparcialidad y posible de implementar. En esta señalada dirección, el hecho de que sostengamos una posición que se aparte de las tendencias procesales "socializadoras" en esta materia, no nos impide decir que el proceso civil, a pesar de las limitaciones que impone su naturaleza, no puede entenderse totalmente desapegado de la realidad (que se introduce al proceso a través de los medios de prueba) y, por ello, su concreta regulación procesal estructural debe necesariamente traducirse en un instrumento que sea más razonable para el correcto, adecuado y eficaz ejercicio de la función jurisdiccional en las materias civiles. Aquí radica, a nuestro modesto parecer, el papel del modelo de proceso civil por audiencias, sustentado en la forma procesal oral, pero asumida razonablemente sin caer en maniqueísmos.

Sin embargo, de reconocer esto a predicar la necesidad de introducir un aumento considerable de los poderes-deberes del juez en materia de iniciativa probatoria hay un importante trecho que, creemos, no es aconsejable recorrer. Insistimos en la necesidad de distinguir aquello de lo que se trata esta discusión; una cosa es aumentar los poderes del juez respecto de la dirección y control formal del proceso (facultades procesales de dirección), y otra bien distinta pretender aumentar de manera considerable los poderes del juzgador referido a elementos que pueden servir para determinar el contenido del fallo, como sería acordar prueba de oficio (facultades materiales de dirección).

A nuestro juicio no sería razonable, ni tampoco asequible, que fuesen los jueces civiles quienes tuviesen que ocuparse de comprobar la certeza de las afirmaciones de los hechos introducidas por las partes.⁵⁰

¿Por qué no estimamos razonable el activismo judicial que se postula en materia probatoria? Siguiendo a De la Oliva Santos, estimamos que el proceso en general y por cierto el proceso civil se estructura a la base de dos posiciones distintas y enfrentadas y de un juez que, situado neutralmente por encima de ellas, presencia y dirige una posible controversia entre quienes ocupen esas posiciones.⁵¹ Hemos admitido ya la posibilidad de matices, pero de lo que se trata ahora es de advertir sobre los peligros de introducir un modelo de juez que altere de manera considerable el rol que le corresponde, llegando a nuestro juicio a violentar la imparcialidad que debe mantener. Imparcialidad que, por lo demás, viene asumida con

contundencia y claridad al más alto nivel normativo, tanto por nuestra Constitución Política⁵² como por las Declaraciones y Tratados de Derechos Humanos.⁵³

La imparcialidad no solamente integra la idea o noción de debido proceso,⁵⁴ sino que también es preponderantemente un "elemento definitorio" que es identificador de la Jurisdicción.⁵⁵ De allí que la posible introducción de cambios en el modelo de juez civil debe tener a la vista que su concreta configuración debe encajar dentro de los márgenes que exige un proceso regido por los principios dispositivos y de aportación de parte.⁵⁶ Pues bien, es evidente que postular un considerable aumento de las atribuciones probatorias de los jueces, promoviendo la existencia de un modelo de juez sustentado en el activismo,⁵⁷ asignándoles amplios poderes probatorios para la pretendida búsqueda de la verdad,⁵⁸ arriesga, aunque los poderes digan sólo relación con los hechos discutidos e introducidos por las partes,⁵⁹ la debida imparcialidad del juzgador, pues al hacer uso de estos poderes podría decantarse a favor o en contra de una de las partes, favoreciendo a una en perjuicio de la otra, afectando la igualdad de las partes⁶⁰ y el método acusatorio de debate.⁶¹

Estas posiciones revelan una clara desconfianza en los profesionales que asumen la defensa de las partes, asumiendo que son incapaces de llevar a cabo su trabajo, de allí que pretendan un juez civil asistencial que mediante sus superpoderes de investigación lleve al proceso a un justo término.⁶² Creemos que si bien es cierto que con anterioridad a la práctica de la prueba decretada sin que exista petición de parte no necesariamente se sabe a quien puede beneficiar o perjudicar la decisión de practicarla, implicará siempre un juicio de valor y una actuación judicial que mermará, en mayor o menor medida, la imparcialidad del juez. Compartimos esta opinión: El juez que actúa como investigador en orden a procurar la verdad para lograr con ella la Justicia conforme con lo que él mismo entiende que es ese valor, se convierte en una rara mezcla del justiciero Robin Hood, del detective Sherlock Holmes y del buen juez Magnaud.⁶³

Además, gravar a los tribunales civiles con esta responsabilidad de investigación sería también poco razonable pues la realidad y la experiencia práctica ha demostrado que son las propias partes quienes se encuentran en mejores condiciones que nadie para lograr un resultado de certeza sobre los hechos relevantes para la decisión jurisdiccional que se requiera en cada caso.⁶⁴ Nadie mejor que las partes pueden conocer los medios de prueba acreditadores de la certeza de sus alegaciones fácticas. Allí, desde luego, debe encontrarse la lógica explicación a que los sistemas procesales civiles no se basen, por regla, en el principio de investigación de oficio. De allí también la razonabilidad de que sean las partes los protagonistas de la iniciativa y del esfuerzo probatorio.

El juzgador debe, como ya lo dijéramos, mantenerse neutralmente por encima de ellas,⁶⁵ incluso respecto de medios de prueba en donde actualmente el CPC le asigna iniciativa probatoria como ocurre en el art. 412 que lo autoriza para decretar de oficio el reconocimiento de peritos.⁶⁶ Tampoco compartimos que, por el aparentemente inocente trámite de las diligencias para mejor resolver del art. 159 se otorguen al juez, casi por "contrabando procesal", amplias facultades para ordenar de oficio cualquiera diligencia de prueba conducente a la investigación de la verdad histórica acerca de los hechos, con prescindencia de la petición de las partes.⁶⁷ La adecuada solución a los problemas de funcionamiento de nuestro proceso civil no puede ni debe pasar por una asignación al juzgador de poderes de iniciativa probatoria de dirección material, esto es, aquellos que afectan el contenido de la sentencia. Los principios que lo gobiernan, la razonabilidad, la experiencia y la prudencia lo indican.⁶⁸ La garantía de la imparcialidad de esta forma lo exige.⁶⁹

A mayor abundamiento, los excesos en esta materia pueden derivar en una serie de problemas prácticos, que dejen en nada las bondades que se pretenden del cambio de modelo de juez que se propugna. En efecto, si se acepta la asunción de la figura del juez civil

activista: a) ¿Qué pasará con la carga de la prueba?; b) ¿Qué pasará cuando este juez no cumpla debidamente con la obligación que se le impone por la ley procesal?; c) ¿Podría este juez, dotado de estos considerables poderes, fundar su fallo desestimatorio en la falta de prueba de un hecho?; d) ¿Podría la parte afectada, no auxiliada por el juez, solicitar la nulidad de las actuaciones para que se retrotrajeran al momento de decidirse la prueba a practicar?; e) ¿Quién tendría que asumir las consecuencias negativas de la falta de prueba en estos casos?: ¿La parte?... ¿En qué quedamos entonces?⁷⁰ Insistimos en la necesidad de cautela y prudencia al momento de introducir cambios en la materia. No se trata de conservadurismo, se trata simplemente de atender a la experiencia y a los principios sobre los cuales se levanta el proceso civil, e introducir avances y mejoras en nuestro modelo procesal acordes con ellos.⁷¹

Dicho claramente, no se puede plantear teorías y soluciones pensando que cada juez tiene a su cargo solamente un proceso y pretender que el legislador procesal regule los procedimientos de acuerdo a este pensamiento.⁷² Acaso se olvida que los jueces, en la práctica diaria, son generalmente reacios a utilizar las facultades-deberes de dirección que ya poseen, también relativas a la práctica de las pruebas. Acaso se pretende pasar de un juez civil que ni siquiera asiste a la práctica de las pruebas a uno que, con amplios poderes probatorios, se alce en un activo investigador de la verdad histórica.

Estimamos muy necesario afrontar la tarea reformadora del proceso civil chileno atentos a evitar soluciones doctrinales que por su intensidad alteren el *alma mater* del sistema procesal civil, empero añadidamente estén destinadas al fracaso en el terreno de la práctica. Si se pretende afrontar la reforma procesal civil con real seriedad no debe el legislador caer en la tentación de fórmulas doctrinales que puedan constituir una fuente de importantes problemas.⁷³ La producción probatoria debe estar en manos de las partes, por ser más razonable (son las mejores conocedoras de las pruebas a las cuales pueden echar mano) y por constituir la única vía respetuosa con la garantía constitucional de imparcialidad.

Además, desde luego, la razonable vigencia de los principios de dispositivo y de aportación de parte no implica que el juez civil esté obligado a presenciar la práctica de las pruebas como si de una persona inerte se tratara, desprovista de toda intervención o facultad directiva.⁷⁴ Asumiendo la clara conveniencia de apostar por la introducción de la oralidad al proceso civil criollo, y pensando en un modelo procesal sustentando en la oralidad, la concentración y la inmediación judicial efectiva, debe el legislador asegurar al juez razonables posibilidades de dirección en el momento de la práctica probatoria a través de las cuales éste pueda instar por el resultado final más justo posible, atendidos los elementos de hecho y de derecho aportados por las partes. Bien se ha dicho que en el momento de practicarse la prueba el juzgador no está sometido pasivamente ni mucho menos vinculado a las omisiones, errores o actividades fraudulentas, ilícitas o inútiles de las partes.⁷⁵

Es necesario avanzar en el terreno procesal y procedimental, se deben arbitrar los mecanismos necesarios para que se facilite y asegure el acceso a la justicia, para que un nuevo proceso civil resulte un instrumento efectivamente accesible a todos (incluso para aquellos sin recursos),⁷⁶ económico y eficaz y se deben contemplar los instrumentos procesales que eviten o en su caso sancionen la mala fe, el fraude y el ánimo dilatorio que pueda tener alguna de las partes. En aquello estamos de acuerdo, empero no deben confundirse las cosas y pretender para el diseño del proceso civil y su juzgador una realidad inquisitiva que derechamente no le corresponde, que le es claramente ajena.⁷⁷

Los principios dispositivo y de aportación de parte deben continuar rigiendo en el proceso civil, sin contradicciones. Y, sobre todo, con un prudente y práctico criterio, apoyados en la sabia experiencia, se debe saber estructurar el proceso civil de modo tal que las facultades procesales de dirección que se contemplen para el juez sean efectivamente utilizadas por éste. La experiencia acumulada en la implementación de regímenes procesales civiles orales ha demostrado que su principal fuente de problemas -y por tanto de objeciones- viene dado

por su *efectivo nivel de practicabilidad*, disminuido de manera importante en aquellos casos en donde concepciones doctrinarias bienintencionadas, pero alejadas de la realidad, se han logrado imponer.

Por ello que requiera de mucho juicio, prudencia y sobre todo *sentido de la realidad* el proceso de implementación de un modelo procesal civil predominantemente oral.

IV. CIERRE

A modo de cierre, quédese el lector con tres ideas fundamentales que, creemos, deben servir tanto para comprender la importancia del cambio que posibilita la asunción de un modelo procesal civil oral, especialmente en lo que se relaciona con la actuación judicial, como para estar atentos a cerrar la puerta de entrada a todos aquellos intentos que fundamentados en excesos teóricos mal asociados a la idea de la oralidad pretendan introducir elementos que distorsionen lo que es un proceso civil.

- a. Está demostrada (a la vista de quienquiera acercarse a averiguar en torno al funcionamiento real de un tribunal civil) la dañina influencia que ha tenido la estructura procesal escrita y desconcentrada del proceso civil en el modelo de juez que tenemos, como dijéramos antes, fundamentalmente un juez sentenciador, prácticamente ausente e "invisible" en las demás actividades que comprende el proceso, situación especialmente preocupante por su dañina incidencia en la seriedad e importancia que cabe asignar a la actividad probatoria que, aunque verdadero eje de la estructura del proceso, se encuentra actualmente entregada a sujetos intermediarios (receptores o funcionarios distintos del juez) que en los hechos presiden su práctica y recogen sus resultados en actas sobre las cuales posteriormente el juez fundamenta su sentencia.
- b. El modelo de juez que fuerza la estructura oral del proceso civil difiere con claridad del vigente. Por lo pronto, el modelo formal oral posibilita la existencia de un juez efectivamente visible no sólo al momento de dictar la sentencia, sino ya desde el inicio del proceso, y muy especialmente en la trascendente actividad de la práctica de las pruebas. Posibilita el surgimiento de la figura del juez presente, participe y director. De esta manera, además, se contribuye a mejorar la imagen de la Justicia, acercándola a los justiciables. La conjunción efectiva entre la forma oral y la concentración procesal y probatoria termina haciendo insoslayable la intermediación judicial, imponiéndose al juez la presencia efectiva en la práctica de las pruebas, presencia que por lo demás se valora por él como verdaderamente útil atendida la estructura concentrada del proceso y la clara proximidad que se plantea entre la recepción de las pruebas y la dictación del fallo. Es importante destacar que a la par del reconocimiento del enorme valor de la presencia judicial efectiva, es necesario que una futura normativa procesal civil impida cambios de juez durante el proceso, asegurándose que siempre sea el mismo juez que presenció la práctica de las pruebas el que termine fallando el asunto.
- c. Finalmente, y en la misma línea que venimos sosteniendo en otros lugares, estimamos necesario afrontar el relevante desafío de la introducción de la oralidad en nuestro sistema procesal civil, sin caer en el error de materializar normativamente mitos abundantes en la doctrina. Debe evitarse la utopía doctrinaria, que bienintencionada sigue siéndolo. En este sentido, si bien es cierto que en el marco de un proceso civil oral debe rescatarse la importante figura del juzgador, perdida o desaparecida en el modelo escrito, ello no debe implicar tener que gravar a los Tribunales con cargas que no deben ni pueden asumir. Debe asumirse la oralidad del proceso sin complejos, empero sin excesos doctrinarios como los que provienen de aquellas posiciones que inspiradas en el fenómeno de la publicización o socialización del proceso pretenden otorgar al juzgador considerables poderes en materia de iniciativa probatoria los que junto con no pasar el *test* de la garantía de imparcialidad judicial, desprecian o al menos ignoran información proveniente desde la *praxis*. La razonabilidad, la sabiduría de la experiencia práctica, la prudencia y la lógica deben prevalecer.

NOTAS

¹ La prioridad ha estado en la discusión, aprobación y puesta en práctica de la reforma procesal penal. Ello, sin embargo, ya no puede obstar a que nos ocupemos también de la suerte de nuestro proceso civil. Lo advertía hace diez años la doctrina nacional, justificando la razonabilidad de la decisión de comenzar el trabajo por los cambios del proceso penal, pero advirtiendo de la necesidad de afrontar las reformas en el modelo procesal civil. Se dijo: "La oralidad, la inmediatez y la concentración del nuevo proceso penal, una vez establecido, pondrá de manifiesto las obvias inadecuaciones que, a ese respecto, posee nuestro sistema procesal civil y, de esa manera, en el mediano plazo, incentivará la necesidad de su cambio y su reforma". Véase Peña, C. "Sobre las gestiones preparatorias en el sistema procesal civil". En VVAA (Cerde, C., Dir.), *Reforma procesal civil (I)*, Cuadernos de Análisis Jurídico (UDP), Santiago, 1996, pp. 13-15.

² Véanse nuestros trabajos: "Y ahora, tras la experiencia procesal penal ¿La oralidad al proceso civil? Algunas Claves y criterios". En *Revista Ius et Praxis*, 10, N° 2, 2004; "Modelo procesal civil chileno: Conveniencia de articular una nueva regulación sostenida en la oralidad como eje formal facilitador". En *Revista Gaceta Jurídica*, N° 291, 2004; "Apuntes básicos en torno a la conveniente reforma del modelo procesal civil". En *Semana Jurídica* N° 237, del 23 al 29 de mayo de 2005. Ya aprobado por la Dirección de la Revista, aunque pendiente de publicación: "Il processo civile cileno i suoi necessari cambiamenti nella sua struttura scritta". En *Rivista di Diritto Processuale*, Note di Diritto straniero e comparato, CEDAM, Italia, 2005.

³ Expresión utilizada en Cappelletti, M. *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*. EJEA, Buenos Aires, Traducción de Santiago Santís Melendo, 1972.

⁴ Véase Picardi, N. "Riflessioni critiche in tema di oralità e scrittura". En *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1, 1973, pp. 1-36.

⁵ En este sentido se ha señalado que el proceso civil es neutro respecto de las ideas políticas (apolítico), destacándose que las normas procesales tienen un carácter esencialmente técnico que impiden o al menos dificultan en modo extremo la introducción de las ideas políticas, lo que queda demostrado con la permanencia de las leyes procesales en diversos sistemas políticos, algunos totalmente opuestos. Véase: Serra Domínguez, M. "Liberalización y socialización del proceso civil (Las facultades del juez en la legislación y en la realidad procesales)". En *Revista de Derecho Procesal Iberoamericano*, N° 2-3, 1972, pp. 511-543. De allí que no sea a nuestro juicio adecuado ni correcto hablar de la existencia de un derecho a un juicio civil oral, siendo preferible mantener la discusión en el plano que le corresponde, cual es el de las formas procedimentales. A favor de la existencia de un derecho regido por el principio de la oralidad, véase Carocca, A. *Derecho humanos y Derecho civil: Perspectiva procesal*. CPU, Santiago, 1997, p. 70.

⁶ Véase también nuestro siguiente trabajo "La prueba en el proceso civil chileno: ¿Una actividad asumida con suficiente seriedad?". En *Semana Jurídica*, N° 227, del 14 al 20 de marzo de 2005.

⁷ Así se ha dicho: "Se produce en este procedimiento (el chileno), quizás como en ningún otro país, una aplicación irrestricta del adagio *quod non est in actis est in mundo*, conforme al cual son inexistentes los actos procesales que no constan en las actas -escritos- que conforman el expediente, trayendo consigo la nulidad de la sentencia que no se base en ellos". Véase Carocca, A. *Derecho humanos (...)*. *Op. cit.*, p. 16. Sobre esta característica del proceso civil chileno véase también Tavorari, R. "El proceso civil chileno: Una lectura desde el debido proceso y la eficacia de la jurisdicción de cara a la reforma". En VVAA, *Reformas procesales en América Latina: La oralidad en los procesos*. CPU, Santiago, 1993, pp. 221-224

⁸ Esta dinámica formal basada y sostenida en la escritura dificulta o derechamente impide el *diálogo* en que consiste todo proceso (Carnelutti, F.). Véase Tavolari, R. *Estudios de Derecho procesal*. EDEVAL, Valparaíso, 1990, p. 90.

⁹ Decimos "en principio", pues la verdad, incluso esta normativa permite la ausencia del juzgador. Por ejemplo, tratándose de la absolución de posiciones (art. 388), la diligencia puede delegarse en el secretario u otro ministro de fe. Lo propio tratándose de un juez exhortado (art. 389).

¹⁰ Por ejemplo, la prueba testimonial, claramente sacrificada por la mediación judicial, su talón de Aquiles. Una cosa es que la prueba testimonial comparativamente con el proceso penal tenga una importancia menor, otra muy distinta que se le postergue y sacrifique, pues si bien es cierto que el documento sigue siendo la reina de las pruebas en sede procesal civil, también relaciones de puro hecho (no configuradas jurídicamente con antelación) arriban al proceso civil con gran frecuencia. Sobre este problema, véase Saavedra Gallo, P. "Intervención del juzgador y de las partes en el examen de los testigos (Posibilidades que ofrece la LEC para el desarrollo del interrogatorio libre)". En *Revista Universitaria de Derecho Procesal*, UNED, N° 2, 1989, pp. 109-111.

¹¹ La inaplicación generalizada de las previsiones legales que apuestan por la inmediación judicial en un modelo procesal escrito no se oculta a nadie. Se trata de meras declaraciones legales bienintencionadas que subrayan el carácter estructural del problema. Por cierto, este fenómeno no es privativo de nuestro modelo escrito, sino que es compartido por todos aquellos que apuestan o han apostado por el dominio de la escritura y sus reglas conexas. Véase, entre otros: Varela, L. "Inmediación judicial: Agonía de una fundamental garantía". En *Revista Justicia*, N° 1, 1987, pp. 95 y ss.; De las Heras, M. "Consideraciones relativas al principio de inmediación en la LEC/2000". En *Revista del Poder Judicial*, N° 65, 2002, pp. 169 y ss.; Villalaín, E. "¿Inmediación procesal o presencia del juez en las actuaciones como el garante de la igualdad de partes?". En VVAA. *Principios constitucionales en el proceso civil*. CGPJ, Madrid, 1993, pp. 402 y ss.

¹² Así se ha destacado que se trata de una consecuencia directa del predominio de la escritura, que hace surgir el convencimiento de la inutilidad o inoportunidad del contacto directo del juez con los elementos que componen la causa, pues todos sus resultados deberán ser consignados por terceros en actas y serán las únicas que deberán utilizarse para pronunciar la decisión. Carocca, A. *Derecho (...), op. cit.*, p. 17. Al igual que aconteció en regímenes procesales de otros países, también atrapados por la regla escrita. Véase Prieto Castro, L. "Precisiones sobre la escritura y la oralidad en el Derecho procesal español". En Prieto Castro, L. *Estudios y comentarios para la teoría y práctica procesal civil*, Ed. Reus, Madrid, 1950, pp. 75 y ss. Al respecto puede verse también Cappelletti, M. La oralidad y (...). *Op. cit.*, p. 36.

¹³ Bien ha destacado la doctrina que la inmediación es enemiga de la dilación. "Los resultados favorables de aquélla, las impresiones y recuerdos, se borran, desaparecen de la mente del Tribunal, en la medida en que el lapso del tiempo, que puede transcurrir entre la práctica y la valoración de la prueba, sea excesivamente dilatado. De aquí que resulte necesario pronunciar la sentencia también inmediatamente en el tiempo, acto seguido a la finalización del juicio oral". Cortés Domínguez, V.; Gimeno Sendra, V.; Moreno Catena, V. *Derecho Procesal Civil. Parte General*. Ed. Colex, Madrid, 5ª edición, 2003, p. 41.

¹⁴ La inmediación, se ha señalado, constituye un presupuesto de la valoración de la prueba. Villalaín, E. "¿Inmediación procesal (...)?". *Op. cit.*, p. 410. Por ejemplo, el sistema formal escrito presente en el procedimiento probatorio del CPC no brinda entrada a las posibilidades del denomina

do *lenguaje no verbal*, que queda fuera de la transcripción escrita. Los silencios, el grado de firmeza en las respuestas, el grado de convicción demostrado por el tono de la voz o por la actitud de quien contesta, no pueden tener prácticamente ninguna cabida.

¹⁵ Decimos "escarbar", pues es sabido que la dispersión de las pruebas en el proceso civil se traduce en la correlativa separación de su documentación en el expediente, dificultándose la valoración de la prueba. Para la adecuada lectura de las pruebas es necesario pasar continuamente de un folio a otro.

¹⁶ Ahora, también es cierto que el actual sistema de valoración de las pruebas, con claro predominio de los criterios legales (salvo en lo referido a la valoración de la prueba pericial -art. 425- y a una norma cuyo potencial no ha sido suficientemente explotado -art. 426-) poco ha contribuido en el sentido de comprometer la presencia del juez en la actividad de la práctica probatoria.

¹⁷ A propósito de los problemas del sistema procesal civil español, ya derogado por la LEC 1/2000, se dijo con razón: "La intermediación depende de la oralidad. En un procedimiento escrito la intermediación es prácticamente imposible. De ahí que el juez español no tenga interés en presenciar las pruebas. En ocasiones se ha achacado al exceso de trabajo la ausencia del juez de la práctica de las pruebas y, sin negar que ello sea en parte cierto, creemos que también obedece esa ausencia a un sentimiento de inutilidad. En efecto, si puede ocurrir que él no llegue a dictar sentencia, si no conoce los hechos porque hasta aquel momento no ha tenido necesidad (ni tiempo) de leer la demanda y la contestación, si cuando llegue la hora de dictar sentencia habrá olvidado la declaración del testigo o la actitud de la parte en la confesión, ¿de qué sirve que sirva su presencia? La única razón que puede aducirse es la de dar al acto solemnidad, e incluso evitar las inadmisiones de preguntas o posiciones por parte del personal subalterno de la Secretaría, pero nada más". Montero Aroca, J. *Análisis crítico de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su centenario*. Ed. Civitas, Madrid, 1982, p. 96.

¹⁸ Se trata de un cambio estructural que, sostenido en el modelo de proceso civil por audiencias, posee en el Derecho comparado latinoamericano y europeo un desarrollo muy importante (no siempre exitoso por cierto). Véase Carocca, A. *Derechos (...), op. cit.*, pp. 20-25; Torello, L. "Lineamientos generales de la Reforma procesal civil y el caso concreto de la Reforma en el Uruguay". En VVAA, *Reformas procesales en América Latina: La oralidad en los procesos*. CPU, Santiago, 1993, pp. 97-132; Vescovi, E. "Nuevas tendencias y realidades del proceso civil. El Código procesal civil modelo para Iberoamérica. La experiencia uruguaya del proceso oral. El Código judicial uniforme de la nueva Unión europea". En VVAA (Morello, A., Coord.), *La prueba. Libro en memoria del profesor Santiago Sentís Melendo*, Librería Editora Platense, La Plata, 1996, pp. 485-499; Gómez Colomer, J. "Principios y características esenciales del nuevo proceso civil (Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil)". En *Revista General de Derecho*, año LVI, N° 675, 2000, pp. 14455-14459.

¹⁹ El verdadero "medidor" del mayor o menor grado de oralidad que posea determinado modelo procesal radica en la regulación que se da a la práctica probatoria. Por bienintencionados que resulten los esfuerzos de introducir mayores grados de oralidad, no estaremos frente a un proceso predominantemente oral, concentrado y favorecedor de la intermediación judicial, sino cuando los cambios incorporados afecten el núcleo del proceso, esto es, a la prueba. Lo realmente decisivo es su fase probatoria.

²⁰ Véase, por todos, Chiovenda, G. "L' oralità e la prova". En *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Vol. I, Parte I, 1924, pp. 5-32.

²¹ Sobre las ventajas de la intermediación judicial coincide la doctrina procesal. Un análisis distinto, véase en Andrés, P. "Sobre el valor de la intermediación (Una aproximación crítica)". En *Revista jueces para la Democracia*, 46, 2003, pp. 57 y ss.

²² Con acierto se ha señalado: "Al ser orales y concentradas las actuaciones procesales, la inmediación resulta prácticamente insoslayable: el miembro o miembros del tribunal han de estar presentes y pueden escuchar las alegaciones y presenciar e intervenir personalmente en la práctica de las pruebas". De la Oliva, A.; Díez-Picazo, I. *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2ª edición, 2003, p. 82.

²³ La audiencia oral (de prueba) se debe transformar en el eje central de un nuevo proceso civil, su parte fundamental. Bien se ha dicho: "En ella, el juez o el colegio juzgador vienen a encontrarse en *inmediato, directo contacto* con las partes y sus abogados y los testigos" (Cappelletti, M.). Citado en Carocca, A. *Derecho (...), op. cit.*, p. 22.

²⁴ Lo que Cerda denomina la garantía de inalterabilidad del tribunal civil, conforme a la cual no puede haber cambio entre el juez que conoce y el que decide. En Carocca, A. *Derecho (...), op. cit.*, p. 100. Véase también: Montero Aroca, J. *Los principios políticos de la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los poderes del Juez y la oralidad*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 181. El profesor Montero Aroca ha señalado con rotundidad: "No hay inmediación si la ley permite que un juez presencie la prueba y otro dicte sentencia, pues entonces este último sólo puede formar su certeza con la constancia documental de la prueba practicada".

²⁵ Fue la doctrina alemana de principios del siglo XIX la que aclaró la confusión existente en relación con estos principios, limitando el concepto de principio dispositivo (*Dispositionsprinzip*) al dominio por los litigantes del interés privado, y el de aportación de partes (*Verhandlungsmaxime*) a la introducción y prueba de los hechos en el proceso. Véase, entre otros: Picó i Junoy, J. "La iniciativa probatoria del juez civil y sus límites". En *Revista del Poder Judicial*, N° 51, III, 1998, p. 271.

²⁶ Véase, especialmente: Montero Aroca, J. *Los principios políticos (...). Op. cit.*, p. 60; De la Oliva, A.; Díez-Picazo, I.; Vegas Torres, J. *Derecho procesal. Introducción*. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1999, p. 61.

²⁷ *Nemo iudex sine actore* reza el conocido aforismo subrayando que el proceso no tendrá inicio si no hay un actor que inste por el proceso. Acudirá o no al proceso para la defensa de sus derechos e intereses atendiendo a razones de oportunidad (principio de oportunidad). Existe libre poder de disposición, de allí la posibilidad de renuncia o desistimiento. El fundamento constitucional de este principio procesal debe buscarse en los arts. 19 N° 24, 19 N° 21 y 19 N° 23 de nuestra Carta Fundamental.

²⁸ También consecuencia de la vigencia del principio dispositivo. El objeto del proceso queda configurado según sea lo que quiera hacer valer el actor y lo que quiera hacer valer el sujeto pasivo. La determinación del objeto del proceso es facultad exclusiva de las partes. Por lo mismo, la sentencia debe guardar una congruencia con las pretensiones formuladas por las partes: El juez no puede conceder más de lo pedido, ni tampoco pronunciarse sobre algo no solicitado, ni fundamentarse en hechos y argumentos jurídicos que las partes no hayan querido aducir. Véase lo dispuesto en los arts. 170 N° 6 y 768 N° 4 del CPC.

²⁹ Respecto a esta última cuestión merece la pena un comentario en busca de mayor precisión. Si bien la regla más que general es que los procedimientos regidos por el principio dispositivo lo estén también por el principio de aportación de parte, mientras el primero encuentra claro fundamento en la naturaleza predominantemente privada o individual de los derechos e intereses en juego, el segundo se refiere más bien a la conformación del material procesal que servirá de fundamento a la sentencia que se dicte y no a la disposición de su objeto, que es lo que viene a explicar la posibilidad de introducir algunos matices sobre su aplicación, especialmente en el terreno de la iniciativa probatoria.

³⁰ Se habla de facultades judiciales, empero la verdad, compartiendo en este preciso punto y

en el sentido que señalaré una opinión expresada por Tavolari, los jueces lo que tienen son poderes-deberes, lo que bien visto el tema que analizamos, agrava las consecuencias de las decisiones que sobre la materia puedan llegar a adoptarse. Véase: Tavolari Oliveros, R. "El proceso civil chileno (...)". *Op. cit.*, pp. 236-237. Esto es muy grave en estos temas, puesto que el incumplimiento de un deber se sanciona.

³¹ Así lo pone correctamente de relieve Taruffo, aunque luego arribe a conclusiones claramente diversas a las que en este trabajo sostenemos. Véase Taruffo, M. "Investigación judicial y producción de prueba por las partes". En *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, Vol. XV, 2003, pp. 205-213.

³² Es la *construcción artística* del proceso, mediante la cual el legislador procesal va combinando piezas en la medida que sea posible y razonable, según cual sea el caso. De la Oliva, A.; Díez-Picazo, I.; Vegas Torres, J. *Derecho procesal (...)*. *Op. cit.*, p. 70.

³³ Por ejemplo, el impulso del proceso que por los redactores de nuestro CPC se asignó exclusivamente a las partes, privándose al juez de facultades de dirección formal. El proceso, necesariamente, tenía que avanzar a instancia de parte, y eran éstas quienes debían solicitar al juez que declarase terminada una fase procesal y abriese la siguiente. Todos los plazos quedaban a la pura discrecionalidad de las partes. Esta situación ha sido corregida por las leyes 18.705 y 18.882 de 1988 y 1989, respectivamente. Insistimos en que la vigencia de los principios dispositivo y de aportación de parte no puede significar que se erija a las partes en las únicas dueñas de la actividad procesal. El juez debe tener poderes suficientes de conducción y control formal que, empleados con prudencia e imparcialidad, deben servir para un mejor desarrollo de la actividad procesal. El peligro en este punto lo constituye la figura del juez "dictador", que puede llegar a ser peor que el juez "espectador".

³⁴ Por ejemplo, dos destacados profesores chilenos, Tavolari y Bordalí, representantes de distintas generaciones de procesalistas que, con todo, coinciden en gran medida en esta materia. También anotamos al profesor Piedrabuena. Véanse sus siguientes trabajos en los cuales abordan este importante tema: Tavolari, R. "El proceso civil chileno (...)". *Op. cit.*; Tavolari Oliveros, R. *Estudios (...)*. *Op. cit.*; Piedrabuena Richard, G. *Las medidas para mejor resolver como institución común a todo procedimiento civil*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1960; Bordalí, A. "El debido proceso civil". En VVAA (Ferrada, J.C., Coordinador), *La constitucionalización del Derecho chileno*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2003, pp. 267-275. En el terreno latinoamericano, bajo la influencia ejercida por el Código Modelo, véase, entre otros: Vescovi, E. "Nuevas tendencias (...)". *Op. cit.*, pp. 485 y ss.; Morello, A. *El proceso civil moderno*. Librería Editora Platense, La Plata, 2001, pp. 287 y ss.; Berizonce, R. *Derecho Procesal Civil actual*. Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, pp. 403-413; Berizonce, R. "Código-Tipo y Reforma del proceso en América Latina: Entre el Derecho común y el Derecho uniforme (Anteproyecto de Código-Tipo del proceso civil para América Latina)". En VVAA (Schipani, S.; Vaccarella, R., Coord.), *Un Codice Tipo di procedura civile per L'America Latina*. CEDAM, Padova, 1990, pp. 29 y ss.

³⁵ Posiciones mucho más cercanas a las nuestras se pueden encontrar en: Alvarado, A. *El debido proceso de la garantía constitucional*. Ed. Zeus, Rosario, 2003. En el medio nacional, Botto, H. *Inconstitucionalidad de las medidas para mejor resolver*. Ed. Fallos del Mes, Santiago, 2001. En un primer momento se sumaba al otro sector el profesor Carocca, pero posteriormente ha defendido la postura que desvincula al juzgador de la iniciativa probatoria, véase Carocca, A. *Derechos (...)*, *Op. cit.*; y el prólogo que realiza al libro de Botto recién citado.

³⁶ Flamante Ministro de Justicia de Francisco José I, Emperador de Austria. Intentando un resumen de su pensamiento en esta materia: a) Klein vio en el proceso un fenómeno patológico de la sociedad que debía eliminarse con la máxima rapidez posible, el proceso era para él un absurdo mal que conllevaba enorme pérdida de tiempo, inútil dispendio de dinero,

y la infructuosa indisponibilidad de los bienes litigiosos; b) Sostuvo que abogados y partes debían colaborar diligente y activamente en la búsqueda de la verdad y en la formación de una decisión justa, con el apercibimiento de que si así no lo hacían el juez se convertiría en investigador de los hechos; c) Apostó por el claro aumento de los poderes del juez, pudiendo acordar medios de prueba ampliamente, pasando el juez de juzgar el litigio a dirigir el proceso en su calidad de representante profesional del bien común; d) Para ello, postuló, había que diseñar procesos orales, ojalá en única audiencia. Todo ello, claro está, en el marco de los propósitos de unidad nacional del Emperador. Véase: Montero Aroca, J. *Los principios políticos (...)*. *Op. cit.*, pp. 54 y 69; Alvarado, A. *El debido proceso (...)*. *Op. cit.*, pp. 83-87; Fairén, V. "El Proyecto de la Ordenanza Procesal Civil austríaca visto por Franz Klein". En *Estudios de Derecho Procesal*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, pp. 301-323.

³⁷ Que luego sirviera de inspiración, tómese nota de esto, a la ZPO Alemana de 1937 (bajo gobierno de A. Hitler), el CPC italiano de 1940 (bajo gobierno de B. Mussolini) y la LPC soviética de 1979, todos totalitarismos. Bien se ha dicho: "De tal forma, por una simple Ley que cambió autoritariamente el mundo conocido -a voluntad de un solitario legislador- el proceso pasó de ser un método pacífico de debate entre particulares, a ser un instituto de derecho público en el cual estaba involucrado algo más importante que el interés de las partes: los más altos valores sociales aun con desmedro de la libertad individual en aras del beneficio del Estado". Alvarado, A. *El debido proceso (...)*. *Op. cit.*, pp. 85, 87-99.

³⁸ Con lo cual, debemos suponer, se pretende destacar el carácter poco moderno o poco progresista de las posiciones diversas. Con todo, preferimos marginarnos del encandilamiento generalizado que en estas materias se ha producido fundamentalmente desde la doctrina procesal italiana y alemana, que se han expandido con gran fuerza en Latinoamérica gracias a las varias traducciones realizadas.

³⁹ Bordalí, A. "El debido (...)". *Op. cit.*, p. 270.

⁴⁰ Sobre esta posición puede verse: Picó i Junoy, J. "La iniciativa probatoria (...)". *Op. cit.*, pp. 269-301; Pico i Junoy J.; Abel Lluch, X. *Los poderes del juez civil en materia probatoria*. Ed. Bosch, Barcelona, 2003; Pico i Junoy J.; Abel Lluch, X. *Problemas actuales de la prueba civil*. Ed. Bosch, Barcelona, 2005, pp. 69-86; Etxeberria Guridi, J. *Las facultades judiciales en materia probatoria en la LEC*. Ed. Tirant Monografías, Valencia, 2003; Cappelletti, M. *Proceso, ideologías y sociedad*. EJEa, Buenos Aires, Traducción de Santiago Sentis Melendo, 1974, pp. 22 y ss.; Baur, F. "Liberalización y socialización del proceso civil". En *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, N° 2-3, 1973. Particularmente sobre la relación entre el *proceso civil socialista* y el papel activo del juzgador en la búsqueda de la verdad, véase: Cappelletti, M. *La oralidad (...)*. *Op. cit.*, pp. 29-30 y 72-74.

⁴¹ Devis Echandía, H. "La iniciativa probatoria del juez civil en el proceso contemporáneo". En *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, N° IV, 1967, p. 639. Cito especialmente a este autor por ser muy recurrido por la doctrina nacional al momento de tratar estos temas.

⁴² Argentina, Colombia, Uruguay y Perú se cuentan entre los países de la Región cuyas regulaciones procesales civiles son un claro correlato normativo del deslumbramiento que estas posturas procesales de origen europeo han tenido entre nosotros.

⁴³ Lo destaca Tavolari: "El Código Modelo -haciéndose eco del sentir doctrinario ya recogido en Códigos Latinoamericanos- estableció un amplio sistema de iniciativa probatoria del juez (el juez está facultado para ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos respetando el derecho de defensa de las partes, art. 33 N° 4)". Véase Tavolari, R. *Estudios (...)*. *Op. cit.*, pp. 99-100. Evidentemente, huelga que lo digamos, no creemos que en este extremo el Código Procesal Civil Modelo sea un "modelo" a seguir en una futura reforma. La idea de que la implementación de un proceso civil oral necesariamente debe derivar en un considerable aumento de los poderes del juez en materia de iniciativa

probatoria subyace en este Código.

⁴⁴ No se ignora por nosotros la facilidad que ha tenido la doctrina procesal inspirada en la socialización del proceso civil. Como ha dicho Alvarado, las banderas que levanta el solidarismo (la Justicia, la Verdad, el compromiso del juez con su tiempo, con la sociedad, el litigante mal defendido por su joven abogado) ganan adeptos con rapidez. ¿Quién no quiere la Justicia?... o ¿Quién no quiere la verdad? Tampoco se trata de avalar la mentira y la injusticia. Simplemente se trata de que el juez, por buscar el valor puramente subjetivo de la justicia (que siempre ha de procurar) no debe dejar de cumplir la fundamental función que deben realizar los jueces que consiste en tutelar efectivamente los derechos prometidos en la Constitución y en la Ley, posibilitando con ello el mantenimiento de la paz social. Alvarado, A. *El debido proceso (...)*. *Op. cit.*, p. 302.

⁴⁵ En contra, entre otros, Taruffo, que defiende las posibilidades de la verdad material o histórica en el proceso civil. Véase: Taruffo, M. *La prueba de los hechos*. Ed. Trotta, Madrid, Traducción de Jordi Ferrer, 2002, pp. 21-87.

⁴⁶ Algunos ejemplos pueden darse para así demostrarlo: a) Los hechos afirmados por ambas partes deben ser tenidos como ciertos por el juez; b) Los hechos no afirmados no existen para el juez; c) Los medios de prueba a practicar son, por regla, únicamente los propuestos por las partes; d) Existen reglas legales de valoración de la prueba; e) No todo vale en este proceso de verificación (debe carecer de valor la prueba obtenida con ilicitud). Véase: Montero Aroca, J. *La prueba en el Proceso Civil*. Ed. Civitas, Madrid, 3ª edición, 2002, p. 35; Botto, H. *Inconstitucionalidad (...)*. *Op. cit.*, p. 70.

⁴⁷ Como ha dicho De la Oliva: "El uso del término *verdad* debe imponer un saludable respeto". Véase: De la Oliva, A.; Díez-Picazo, I. *Derecho Procesal Civil (...)*. *Op. cit.*, p. 288. De allí que algunos se abstengan de utilizar la palabra *prueba* y prefieran el uso del vocablo *confirmación*, ya que en rigor, una afirmación negada se confirma con diversos medios que pueden generar convicción a un juez en tanto que no la generan en otro. Alvarado, A. *El debido proceso (...)*. *Op. cit.*, p. 173.

⁴⁸ Un maestro del derecho procesal dijo alguna vez, tras reconocer la imposibilidad que tiene el proceso de arribar a la verdad "verdadera" y advertir la necesidad de conformidad, en la mejor de las hipótesis, con un porcentaje de verdad: "Es necesario que los hombres pierdan la ilusión de que se pueda obtener por la fuerza la justicia en este mundo. Desgraciadamente, no es una ilusión que acarician solamente los que no se ocupan de ella: conozco a técnicos y aun científicos del Derecho y del proceso, que creen de buena fe poder construir una máquina maravillosa con la cual, introducida por una parte la demanda de justicia, obtengan por la otra, la respuesta perfecta". Véase Carnelutti, F. *Cómo se hace un proceso*. Ed. Temis, Bogotá, Traducción de Santiago Sentis Melendo y Marino Ayerra Redín, 4ª reimpresión de la 2ª edición, 2004, p. 164. Véase también Carnelutti, F. *La prova civile. Parte generale: Il concetto giuridico della prova*. Dott A. Giuffré Editore, Milano, 1992, p. 44. De allí que se diga que el juez no juzga sobre un criterio de certeza, sino de probabilidad.

⁴⁹ Véase, entre otros, Cortés Domínguez, V.; Gimeno Sendra, V.; Moreno Catena, V. *Derecho Procesal (...)*. *Op. cit.*, p. 42.

⁵⁰ Con razón se ha dicho que resultan paradójicas aquellas posiciones que instan por mucho mayores poderes judiciales en materia de iniciativa probatoria cuando la Administración de Justicia en todo el mundo, con todo los apoyos del Estado, con mucha dificultad logra afrontar los ilícitos más graves, esto es, los ilícitos penales. Estas posiciones también chocan con la tendencia mundial que apunta a la progresiva reducción de los poderes del juez penal, fundada precisamente en la reconocida necesidad de mantener su imparcialidad. Vale decir, y póngase atención en la contradicción existente, por un lado se sostienen estas posiciones que abogan por un aumento de los poderes del juez civil, aplicador del Derecho privado (donde

predomina la autonomía de la voluntad en la conformación de las relaciones jurídicas materiales) y, por el otro, la realidad de la clara tendencia a la disminución de los poderes del juez penal, aplicador del Derecho penal que afecta al interés general. Montero Aroca, J. *Los principios políticos (...)*. *Op. cit.*, p. 56.

⁵¹ Véase: De la Oliva, A.; Díez-Picazo, I.; Vegas Torres, J. *Derecho procesal (...)*. *Op. cit.*, p. 61. Véase también: Alvarado, A. *El debido proceso (...)*. *Op. cit.*, pp. 256-260.

⁵² Véase lo dispuesto en el art. 19, N° 3, i. 5. Sobre la imparcialidad como componente de todo proceso justo y racional se ha escrito bastante. A ello nos remitimos.

⁵³ Entre ellas destacamos: a) Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948 (art. XXVI); b) Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (art. 10); c) Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (art. 8).

⁵⁴ Nuevamente, y destacadamente Alvarado, A. *El debido proceso (...)*. *Op. cit.*, pp. 256 y ss.

⁵⁵ Véase Tavolari, R. *El proceso civil (...)*. *Op. cit.*, p. 229.

⁵⁶ Que sepamos, quienes sostienen la necesidad "social" de atribuir más poderes al juez civil en materia de iniciativa probatoria no postulan un cambio en la vigencia de los principios dispositivo y de aportación de parte. De esta manera, las modificaciones que se pretenden deben respetar su marco, en el cual destaca el deber de imparcialidad y neutralidad y la igualdad de armas entre las partes.

⁵⁷ Véase Berizonce, R. *Derecho Procesal (...)*. *Op. cit.*, p. 404.

⁵⁸ Véase Vescovi, E. "Nuevas tendencias (...)", *Op. cit.*, p. 488.

⁵⁹ Como se consagra en el Código Procesal Civil Modelo (art. 34.2).

⁶⁰ Carnelutti dijo en su momento con simpleza y claridad: "Los jueces son, por definición, desinteresados; y si el desinterés es una condición desfavorable a la valoración de las razones opuestas, no es, en cambio, la mejor condición para buscarlas. El juez tiene en el fiel la balanza; pero son necesarias las partes para cargar los platillos". Véase Carnelutti, F. *Cómo se hace (...)*, *Op. cit.*, p. 116.

⁶¹ Se le ha definido como un método bilateral en el cual dos sujetos naturalmente desiguales discuten pacíficamente en *igualdad jurídica* asegurada por un tercero imparcial que actúa al efecto en carácter de autoridad, dirigiendo y regulando el debate para, llegado el caso, sentenciar la pretensión discutida. Alvarado, A. *El debido proceso (...)*. *Op. cit.*, p. 150. Su aplicación nunca es absoluta, pero es el único sistema de procesamiento que se adecua cabalmente con la idea lógica del proceso, que plantea la existencia de dos sujetos que actúan como antagonistas en pie de perfecta igualdad ante una autoridad que es un tercero en la relación litigiosa y, como tal, imparcial e independiente.

⁶² Como si los jueces, con todo el respeto que me merecen, siempre contarán en nuestros países con un nivel de formación de excelencia y homogéneo. Cabe preguntar entonces: ¿Los mayores poderes que se predicán para los jueces civiles sólo se postulan para los excelentes jueces civiles, o para todos?

⁶³ Lo que se agrava todavía más si se tiene presente que los jueces en América Latina, en general, no han sido preparados para actuar con imparcialidad. En rigor, la mayoría de ellos ignora en qué consiste esta destreza, así como cuál es su esencia. En definitiva, se ignora el concepto o la noción de debido proceso. Alvarado, A. *El debido proceso (...)*. *Op. cit.*, pp. 177 y 257.

⁶⁴ En este sentido, véase, especialmente: Carreras, J. "Facultades procesales de dirección". En: Carreras, J. Fenech, M. *Estudios de Derecho procesal*, Ed. Bosch, Barcelona, 1962, pp. 258-259 y 261-264; De la Oliva, A.; Díez-Picazo, I. *Derecho Procesal Civil (...)*. *Op. cit.*, p. 277; Montero Aroca, J. "Il processo civile 'sociale' como strumento di giustizia autoritaria". En *Rivista di Diritto Processuale*, N° 2, 2004, pp. 553-579. En este sentido, ha señalado un autor: "Como regla, la prueba recae sobre hechos, y acerca de ellos las partes tienen un conocimiento que al juez le falta en la mayoría de los casos (...) además, si Juzgados y Tribunales se hallan por doquiera recargados de trabajo, calcúlese la situación si todavía tuviesen que cuidarse de la búsqueda de la prueba". Alcalá-Zamora y Castillo, N. "Autoridad y libertad en el proceso civil". *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*. UNAM, México DF., Tomo II, 1974, p. 239.

⁶⁵ La neutralidad es la actitud o comportamiento del que no se inclina por ninguna de las dos partes que intervienen en un enfrentamiento ni las beneficia ayudando a forzar la solución pretendida por una de ellas. Alvarado, A. *El debido proceso (...)*. *Op. cit.*, p. 260.

⁶⁶ Véase sobre este tema nuestro trabajo "El perito y la pericia: ¿Auxiliar del juez o verdadero medio de prueba? Una precisión y una propuesta de *lege ferenda*". En *Semana Jurídica*, junio 2005. Al momento de escribir el presente artículo se ha confirmado la publicación del trabajo recién citado, pero se ignoran los datos concretos de la misma.

⁶⁷ La coherencia de todo el sistema procesal civil se tira derechamente por la borda, partiendo desde los cimientos constitucionales antes señalados. La parte beneficiada: El demandante, cuando la prueba que haya rendido sobre los hechos a probar de su cargo sea insuficiente o incompleta. Al momento de decidirse el juez por decretar medidas para mejor resolver, automáticamente pierde su postura de imparcialidad y siempre actuará a favor del demandante y en perjuicio del demandado. Véase Botto, H. *Inconstitucionalidad (...)*. *Op. cit.*; y Alvarado, A. *El debido proceso (...)*. *Op. cit.*, p. 159. Véase también nuestro trabajo "Sobre el papel del juez civil en materia de prueba, especialmente de las medidas para mejor resolver. A propósito de la paradoja que evidencia nuestro sistema procesal tras la Reforma procesal penal". En *Revista Gaceta Jurídica*, junio 2005 (al momento de escribir este trabajo no se contaba con la referencia exacta). En contra, sosteniendo que en el proceso civil la posibilidad del juez de aportar pruebas al proceso no es *per se* contraria a la imparcialidad del juez, aunque reconociendo una posible conculcación del derecho de defensa derivada de la deficiente regulación legal, véase Bordalí, A. "El debido (...)". *Op. cit.*, pp. 267-275. Por un papel activo del juzgador a través de estas medidas para mejor resolver, véase Piedrabuena, G. *Las medidas para mejor resolver (...)*. *Op. cit.*, pp. 22-23.

⁶⁸ Por lo demás, en el Derecho comparado es excepcional la opción por una definición general y amplia de tales poderes en materia iniciativa de prueba. Véase Taruffo, M. "Investigación (...)", *Op. cit.*, p. 211.

⁶⁹ Imparcialidad que además de significar la falta de interés, significa también: Ausencia de prejuicios de todo tipo; independencia de cualquier opinión (tener oídos sordos ante sugerencia o persuasión de parte interesada); no identificación con una ideología determinada; completa ajenidad frente a la posibilidad de soborno o dádiva, o a la influencia de la amistad, del odio o de un sentimiento caritativo; no involucrarse personal ni emocionalmente en el meollo del asunto; no fallar según su propio conocimiento privado del asunto, y evitar toda participación en la investigación de los hechos o en la formación de los elementos de convicción. Alvarado, A. *El debido proceso (...)*. *Op. cit.*, p. 259.

⁷⁰ Desde hace años se ha destacado la conveniencia de que las partes sean *estimuladas* a colaborar con el juez, suministrándole razones y pruebas, lo cual se obtiene, en principio, mediante el establecimiento de esta responsabilidad a las partes. Las partes deben esmerarse en procurar al juez los medios necesarios para que se le dé la razón. De esta forma el interés

de las partes se convierte en carga, en el sentido de que si la parte no ofrece una prueba o una razón, debe soportar el daño de que el juez no puede tomarla en cuenta. Pues bien, el principio de la carga de la prueba tiene la ventaja de imprimir el máximo de energía a la actividad de las partes. Véase Carnelutti, F. *Cómo se hace (...)*. *Op. cit.*, p. 82. Las posiciones que instan por la consagración de un juzgador civil activista en materia de iniciativa probatoria, que revelan clara desconfianza en los profesionales que asumen la defensa de las partes, no parecen estar enviando el mejor mensaje. En efecto, si se parte de la base de que se necesita consagrar amplios poderes judiciales pues los defensores resultan ser poco capaces para desarrollar su trabajo (de ignorancia hablan algunos), salvo aquéllos de mayor renombre a los que tienen acceso las personas con más recursos, parece que la conducta más esperable de ese profesional mediocre y despreocupado sería descansar en los poderes que la ley otorga al juzgador, produciéndose un efecto de relajó en ellos. La nivelación será entonces hacia abajo, pues el abogado primerizo o inexperto no se preparará adecuadamente toda vez que no le conviene hacerlo (así no lograría la ayuda del juez), es más, el estudio y preparación atentarían contra sus propios intereses, ya que cuando un abogado es reconocido y capaz de abogar "como Dios manda" el juez tomará partido por el adversario, más inexperto o ignorante. Se iguala hacia abajo, perdiendo todo el sistema de Justicia. Alvarado, A. *El debido proceso (...)*. *Op. cit.*, p. 259.

⁷¹ La evidente necesidad de cambios del campo jurídico procesal chileno no puede implicar que todo sea discutible. Como dice mi maestro (el profesor Andrés De la Oliva), todo puede ser discutido si se quiere partir de cero, es decir, si se quiere volver a estadios primitivos. Muchas cosas son discutibles, y sobre ellas deben sostenerse los avances procesales, pero es innegable que el debate jurídico y el progreso jurídico se apoyan en un consenso en ciertos instrumentos entre los cuales sobresalen muchos conceptos que se alzan como instrumentos de comunicación. Pues bien, si las bases de la comunicación estuviesen todas, y siempre, en discusión, poco se podría avanzar y muy poco se habría avanzado. El Derecho es un territorio de conceptos y de razón o razonamientos: Cuando se sustituyen por imágenes y sentimientos, ¡adiós Derecho y, por tanto, adiós libertad! Por lo mismo, no se trata de predicar el conservadurismo, en el sentido peyorativo de la expresión: Es lógico que el genuino jurista (que no es el titulado en derecho, como no se llama sabio, sin más, al doctor en Bioquímica), el que sabe Derecho, tienda a ser cuidadoso en los cambios legales. En efecto, mientras las ocurrencias del científico experimental pueden probarse con ratones, cerdos o simios, tales pruebas no son posibles en el Derecho. Cualquier verdadero jurista, metido a legislador (o a reformador legislativo: de hecho o en potencia), debe sentir una fuerte y clara resistencia al experimento con seres humanos vivos.

⁷² Muchas de las cosas que se plantean a propósito de esta materia se dicen muy fácilmente sobre el papel, pero cuando se trata de llevar lo dicho a la práctica comienzan los problemas.

⁷³ Y no cabe duda que existen problemas graves cuando lo que dispone la Ley luego no es cumplido en la práctica (la Ley y su aplicación por caminos separados), o peor aún, cuando sólo se cumple en algunos casos, no obstante no existir una diferencia sustancial entre uno u otro.

⁷⁴ Imagen que tratan de fijar aquel sector de la doctrina que pretende la asignación al juez de un cometido de carácter más activo y asistencial respecto de las partes.

⁷⁵ Véase Carreras, J. "Facultades procesales (...)". *Op. cit.*, p. 259.

⁷⁶ Debe buscarse la implementación de un sistema que permita descartar la idea de que la justicia es un lujo para los pobres. Debe fortalecerse la efectiva accesibilidad de estas personas al sistema de Justicia. Debe paliarse también la desigualdad real que existe, tal vez a través de defensores *ad hoc*. O bien, cuando una parte esté mal defendida, ordenar el cambio de abogado, o la asistencia letrada al abogado que la requiere como ocurre en varias legislaciones. Sin embargo, evidentemente, el camino no puede estar en "cargar" la balanza

de la Justicia introduciendo la figura de un juez inquisidor. Como se ha dicho, "nunca por el juez pues, al desnivelar la igualdad jurídica para lograr una supuesta y nunca alcanzable igualdad real, logra sólo desequilibrar el fiel de la balanza de la Justicia y hacer ilegítima su sentencia... por justa que sea en los hechos y para el sentir del propio juzgador". Alvarado, A. *El debido proceso (...)*. Op. cit., p. 258. Op. cit.

⁷⁷ Vale decir, como señala Botto, en forma alguna se trata de despotenciar al juez, sino, por el contrario, potenciarlo en todo aquello que le corresponde como tal. Botto, H. *Inconstitucionalidad (...)*. Op. cit., p. 86.

V. BIBLIOGRAFÍA

Alcalá-Zamora y Castillo, N. "Autoridad y libertad en el proceso civil". *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*. UNAM, México D.F., Tomo II, 1974.

Alvarado, A. *El debido proceso de la garantía constitucional*. Ed. Zeus, Rosario, 2003.

Andrés, P. "Sobre el valor de la intermediación (Una aproximación crítica)". En *Revista Jueces para la Democracia*, N° 46, 2003.

Baur, F. "Liberalización y socialización del proceso civil". En *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, N° 2-3, 1973.

Berizonce, R. "Código-Tipo y Reforma del proceso en América Latina: Entre el Derecho común y el Derecho uniforme (Anteproyecto de Código-Tipo del proceso civil para América Latina)". En VVAA (Schipani, S.; Vaccarella, R., Coord.), *Un Codice Tipo di procedura civile per L'America Latina*. CEDAM, Padova, 1990.

Berizonce, R. *Derecho Procesal Civil actual*. Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999.

Bordalí, A. "El debido proceso civil". En VVAA (Ferrada, J.C., Coordinador), *La constitucionalización del Derecho chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003.

Botto, H. *Inconstitucionalidad de las medidas para mejor resolver*. Ed. Fallos del Mes, Santiago, 2001.

Cappelletti, M. *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*. EJEa, Buenos Aires, Traducción de Santiago Santís Melendo, 1972.

Cappelletti, M. *Proceso, ideologías y sociedad*. EJEa, Buenos Aires, Traducción de Santiago Sentís Melendo, 1974.

Carnelutti, F. *Cómo se hace un proceso*. Ed. Temis, Bogotá, Traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín, 4ª reimpresión de la 2ª edición, 2004.

Carnelutti, F. *La prova civile. Parte generale: Il concetto giuridico della prova*. Dott A. Giuffrè Editore, Milano, 1992.

Carocca, A. *Derechos humanos y Derecho civil: Perspectiva procesal*. CPU, Santiago, 1997.

Carreras, J. "Facultades procesales de dirección". En Carreras, J.; Fenech, M. *Estudios de Derecho procesal*, Ed. Bosch, Barcelona, 1962.

Cortés Domínguez, V.; Gimeno Sendra, V.; Moreno Catena, V. *Derecho Procesal Civil. Parte General*. Ed. Colex, Madrid, 5ª edición, 2003.

Chiovenda, G. "L'oralità e la prova". En *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Vol. I, Parte I,

1924.

De La Oliva, A.; Díez-Picazo, I. *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2ª edición, 2003.

De La Oliva, A.; Díez-Picazo, I.; Vegas Torres, J. *Derecho procesal. Introducción*. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1999.

De Las Heras, M. "Consideraciones relativas al principio de inmediación en la LEC/2000". En *Revista del Poder Judicial*, N° 65, 2002.

Devis Echandía, H. "La iniciativa probatoria del juez civil en el proceso contemporáneo". En *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, N° IV, 1967.

Etxeberría, J. *Las facultades judiciales en materia probatoria en la LEC*. Ed. Tirant Monografías, Valencia, 2003.

Fairén, V. "El Proyecto de la Ordenanza Procesal Civil austríaca visto por Franz Klein". En *Estudios de Derecho Procesal*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.

Gómez Colomer, J. "Principios y características esenciales del nuevo proceso civil (Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil)". En *Revista General de Derecho*, año LVI, N° 675, 2000.

Montero Aroca, J. "Il processo civile 'sociale' come strumento di giustizia autoritaria". En *Rivista di Diritto Processuale*, N° 2, 2004.

Montero Aroca, J. *Análisis crítico de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su centenario*. Ed. Civitas, Madrid, 1982.

Montero Aroca, J. *La prueba en el Proceso Civil*. Ed. Civitas, Madrid, 3ª edición, 2002.

Montero Aroca, J. *Los principios políticos de la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los poderes del Juez y la oralidad*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

Morello, A. *El proceso civil moderno*. Librería Editora Platense, La Plata, 2001.

Palomo, D. "Apuntes básicos en torno a la conveniente reforma del modelo procesal civil". En *Semana Jurídica* N° 237, del 23 al 29 de mayo de 2005.

Palomo, D. "El perito y la pericia: ¿Auxiliar del juez o verdadero medio de prueba? Una precisión y una propuesta de *lege ferenda*". En *Semana Jurídica*, junio 2005 (al momento de escribir este trabajo no se contaba con la referencia exacta).

Palomo, D. "Il processo civile cileno i suoi necessari cambiamenti nella sua struttura scritta". En *Rivista di Diritto Processuale*, Note di Diritto straniero e comparato, CEDAM, Italia, 2005 (al momento de escribir este trabajo no se contaba con la referencia exacta).

Palomo, D. "La prueba en el proceso civil chileno: ¿Una actividad asumida con suficiente seriedad?". En *Semana Jurídica*, N° 227, del 14 al 20 de marzo de 2005.

Palomo, D. "Modelo procesal civil chileno: Conveniencia de articular una nueva regulación sostenida en la oralidad como eje formal facilitador". En *Revista Gaceta Jurídica*, N° 291, 2004.

Palomo, D. "Sobre el papel del juez civil en materia de prueba, especialmente de las medidas para mejor resolver. A propósito de la paradoja que evidencia nuestro sistema procesal tras la

Reforma procesal penal". En *Revista Gaceta Jurídica*, junio 2005 (al momento de escribir este trabajo no se contaba con la referencia exacta).

Palomo, D. "Y ahora, tras la experiencia procesal penal ¿La oralidad al proceso civil? Algunas Claves y criterios". En *Revista Ius et Praxis*, 10, N° 2, 2004.

Peña, C. "Sobre las gestiones preparatorias en el sistema procesal civil". En VVAA (Cerdea Fernández, C., Dir.) *Reforma procesal civil (I)*, Cuadernos de Análisis Jurídico (UDP), Santiago.

Picardi, N. "Riflessioni critiche in tema di oralità e scrittura". En *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1, 1973.

Pico I Junoy J.; Abel Lluch, X. *Los poderes del juez civil en materia probatoria*. Ed. Bosch, Barcelona, 2003.

Pico I Junoy J.; Abel Lluch, X. *Problemas actuales de la prueba civil*. Ed. Bosch, Barcelona, 2005.

Picó I Junoy, J. "La iniciativa probatoria del juez civil y sus límites". En *Revista del Poder Judicial*, N° 51, III, 1998.

Piedrabuena, G. *Las medidas para mejor resolver como institución común a todo procedimiento civil*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1960.

Prieto Castro, L. "Precisiones sobre la escritura y la oralidad en el Derecho procesal español". En Prieto Castro, L. *Estudios y comentarios para la teoría y práctica procesal civil*, Ed. Reus, Madrid, 1950.

Saavedra Gallo, P. "Intervención del juzgador y de las partes en el examen de los testigos (Posibilidades que ofrece la LEC para el desarrollo del interrogatorio libre)". En *Revista Universitaria de Derecho Procesal*, UNED, N° 2, 1989.

Serra Domínguez, M. "Liberalización y socialización del proceso civil (Las facultades del juez en la legislación y en la realidad procesales)". En *Revista de Derecho Procesal Iberoamericano*, N° 2-3, 1972.

Taruffo, M. "Investigación judicial y producción de prueba por las partes". En *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, Vol. XV, 2003.

Taruffo, M. *La prueba de los hechos*. Ed. Trotta, Madrid, Traducción de Jordi Ferrer Beltrán, 2002.

Tavolari, R. "El proceso civil chileno: Una lectura desde el debido proceso y la eficacia de la jurisdicción de cara a la reforma". En VVAA, *Reformas procesales en América Latina: La oralidad en los procesos*. CPU, Santiago, 1993.

Tavolari, R. *Estudios de Derecho procesal*. EDEVAL, Valparaíso, 1990.

Torello, L. "Lineamientos generales de la Reforma procesal civil y el caso concreto de la Reforma en el Uruguay". En VVAA, *Reformas procesales en América Latina: La oralidad en los procesos*. CPU, Santiago, 1993.

Varela, L. "Inmediación judicial: Agonía de una fundamental garantía". En *Revista Justicia*, N° I, 1987.

Véscovi, E. "Nuevas tendencias y realidades del proceso civil. El Código procesal civil modelo para Iberoamérica. La experiencia uruguaya del proceso oral. El Código judicial uniforme de la

nueva Unión europea". En VVAA (Morello, A., Coord.), *La prueba. Libro en memoria del profesor Santiago Sentís Melendo*, Librería Editora Platense, La Plata, 1996.

Villalaín, E. "¿Inmediación procesal o presencia del juez en las actuaciones como el garante de la igualdad de partes?". En VVAA. *Principios constitucionales en el proceso civil*. CGPJ, Madrid, 1993.

Artículo recibido el 15 de diciembre de 2004 y aceptado para su publicación por el Comité Editorial el 30 de mayo de 2005.