



Revista Chilena de Derecho

ISSN: 0716-0747

redaccionrhd@uc.cl

Pontificia Universidad Católica de Chile  
Chile

LARROCAU TORRES, JORGE  
RAZONAMIENTO HERMENÉUTICO Y “HECHOS SUSTANCIALES  
CONTROVERTIDOS”

Revista Chilena de Derecho, vol. 44, núm. 1, 2017, pp. 159-183  
Pontificia Universidad Católica de Chile  
Santiago, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=177051304008>

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

# RAZONAMIENTO HERMENÉUTICO Y “HECHOS SUSTANCIALES CONTROVERTIDOS”

*HERMENEUTICAL REASONING AND “DISPUTED MATERIAL FACTS”*

JORGE LARROUCAU TORRES\*

**RESUMEN:** Los “hechos sustanciales controvertidos” dependen del objeto del proceso. Para determinar estos hechos el juez debe considerar los relatos de las partes y la convergencia entre los hechos principales y los probatorios. Por eso, la ley procesal tiene que exigir a los abogados que sus narraciones no sean genéricas, como tampoco han de ser genéricos los hechos de la resolución que recibe la causa a prueba. En base a un ejemplo de la responsabilidad civil se demuestra que el enfoque hermenéutico, más que el analítico, es el que le permite al juez justificar la convergencia entre ambas clases de hechos.

**Palabras clave:** *Quaestio facti*, razonamiento hermenéutico, hechos principales y probatorios, escépticos y dogmáticos, Bentham, Hohfeld, Larenz

**ABSTRACT:** The “disputed material facts” depend on the object of the process. In order to determine these facts, the judge must consider the narratives of litigants and the convergence between the primary facts and evidential facts from the case. Accordingly, the law must require lawyers not to use generic stories, and the facts contained in the court decision ordering present evidence must not be generic either. Based on an example of tort law, this paper shows that the hermeneutic approach rather than the analytical one provides justification for the convergence between both types of facts.

**Key words:** *Quaestio facti*, Hermeneutical Reasoning, Primary Facts and Evidential Facts, Skeptic and Dogmatic, Bentham, Hohfeld, Larenz

## 1. EN TELA DE JUICIO

No es extraño leer que el objeto del proceso es “la cosa” que el juez resuelve<sup>1</sup>. Y ello es menos infrecuente en una práctica judicial como la chilena, en donde el uso de expresiones crípticas, como fallar el fondo del asunto o según el mérito del proceso, son de uso cotidiano. El empleo de estas frases –lo que el actor puso en tela de juicio o “la esencia del proceso”<sup>2</sup> no hace más que dar cuenta del lugar de rezago que el estudio del objeto del

\* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción; Doctor en Derecho, Universidad de Chile. Profesor de Derecho Procesal Civil, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, jorge.larroucau@pucv.cl. Dirección postal: Avenida Brasil 2950, Valparaíso, Chile.

Este artículo es parte de un proyecto financiado por un Fondecyt Regular (Nº 1140986: “Conceptos fundamentales del derecho probatorio en Chile”, 2014-2016) del cual el autor es un investigador asociado. Todas las reglas citadas corresponden al Código de Procedimiento Civil chileno (1903) a menos que se indique lo contrario.

<sup>1</sup> DE LA OLIVA (2005) pp. 23-24 (destacado en el original).

<sup>2</sup> BERZOSA (1984) p. 13.

proceso y, específicamente, el análisis de cómo se fijan los hechos de tal objeto, tienen en la cultural judicial.

Esta situación es anómala si se piensa en la enorme importancia práctica de esta parte del juicio<sup>3</sup>. El propósito de este artículo es reconocer esa relevancia y demostrar que el juez debe emplear un razonamiento hermenéutico, más que analítico, al momento de fijar los “hechos sustanciales controvertidos”, para decirlo con el lenguaje que emplea el Código de Procedimiento Civil de 1903<sup>4</sup>, o al establecer “el asunto controvertido al tenor de los hechos y fundamentos expuestos” y “los hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos que deben ser probados”, para usar la fórmula con que el Proyecto de Código Procesal Civil de 2012 se refiere a uno de los objetivos centrales de la audiencia preliminar o preparatoria de juicio (art. 280 N° 6 y 7, Boletín N° 8197-07), y que rige hoy –entre otras– en la justicia de familia (art. 61 N° 6 y 7 de la Ley N° 19.968 de 2004) y en la del trabajo (art. 454 N° 3 del Código del Trabajo)<sup>5</sup>.

Para ello se recorrerá el siguiente camino: (1.1.) La clásica distinción entre *thema decidendum* y *thema probandum* servirá para fijar el campo de acción del juez con respecto al objeto del proceso. En particular, esta distinción permitirá aludir al modo en que el juez define ese objeto en base a los relatos de las partes. En segundo término, (1.2.) la igualmente tradicional división entre hechos principales y probatorios hará visible la necesidad de fijar las relaciones o convergencia entre ambas clases de hechos como antesala de la rendición y valoración de las pruebas. A este respecto, (1.2.1.) el punto de vista escéptico pondrá de manifiesto que los litigantes pueden tener desacuerdos en torno a los hechos principales y probatorios desde el inicio del juicio, en tanto que (1.2.2.) el enfoque dogmático mostrará que es posible recortar esos desacuerdos mediante las reglas aplicables al caso.

(2.) La importancia práctica que tiene recibir la causa a prueba –a través del mal llamado auto de prueba– será analizada en uno de sus aspectos centrales, el que se refiere (2.1.) al impacto que provocan las imágenes de los hechos que elaboran los abogados en sus teorías del caso en la fijación judicial de los “hechos sustanciales controvertidos”. (2.1.1.) Para un analítico, como Hohfeld, bastaría con exigirle al abogado una referencia genérica a tales hechos, mientras que (2.1.2.) para un hermenéutico, como Larenz, se justifica el exigir un mayor detalle en los escritos judiciales en lo que respecta a la narración del caso. Final-

<sup>3</sup> En el caso del objeto del proceso piénsese, por ejemplo, en temas como la competencia del tribunal, el procedimiento aplicable, la acumulación de procesos, la prejudicialidad y la cosa juzgada, por citar algunos de los asuntos más obvios.

<sup>4</sup> Art. 318: “Concluidos los trámites que deben preceder a la prueba, ya se proceda con la contestación expresa del demandado o en su rebeldía, el tribunal examinará por sí mismo los autos y si estima que hay o puede haber controversia sobre algún hecho substancial y pertinente en el juicio, recibirá la causa a prueba y fijará en la misma resolución los hechos substanciales controvertidos sobre los cuales deberá recaer. (2) Solo podrán fijarse como puntos de pruebas los hechos substanciales controvertidos en los escritos anteriores a la resolución que ordena recibirla”.

<sup>5</sup> En 2013, Pablo Rodríguez Grez planteó una suerte de síntesis entre el proceso judicial escrito y aquel basado en audiencias en lo que se refiere a la fijación de los hechos a probar [UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO (2013) pp. 68-69], pero su idea se asemejó mucho, al menos en esta parte, a lo que en la experiencia española fue la “reforma urgente” de 1984, cuando se introdujo a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 –un juicio escrito, sin intermediación ni concentración– una fase de comparecencia previa de los litigantes; dicho ensayo, cabe recordarlo, no llegó a buen puerto por varias razones, PALOMO (2005) pp. 282-283.

mente, (3.) la también antigua y no menos difusa distinción entre hecho y derecho servirá para explicar el porqué el análisis de esta dimensión de la prueba y del proceso judicial ha sido abandonada hasta la fecha en Chile, tanto por la academia como por la propia jurisprudencia. Dicho descuido puede ser corregido mediante (3.1.) el enfoque del “ir y venir de la mirada” entre el hecho y la norma, como una forma de razonamiento que le permite al juez fijar los “hechos sustanciales controvertidos” en una etapa temprana del litigio.

### 1.1. TEMA DECIDENDUM Y TEMA PROBANDUM

Gracias al giro epistémico de la prueba hoy nadie discute que el juez debe explicitar en la motivación del fallo su razonamiento sobre la *quaestio facti*, justificando el enunciado “está probado que *p*”, como una condición necesaria para resolver la *quaestio iuris*<sup>6</sup>. Pero hay un paso previo a la justificación de ese enunciado que el giro epistémico, a diferencia de la literatura procesal clásica, todavía no ha considerado con la suficiente detención.

Mediante las categorías de *thema decidendum* (el asunto a decidir) y *thema probandum* (el asunto a probar) la literatura procesal ha observado que entre la *quaestio facti* y la *quaestio iuris* existen relaciones que se manifiestan apenas iniciado el proceso y cuya última expresión, en primera instancia, es la motivación del fallo. Así, por ejemplo, en su trabajo de doctorado, Jaime Guasp notó que era posible que el objeto del proceso –lo que el demandante pone en tela de juicio– no comprendiese todo el *thema decidendum* del conflicto, abriendo con ello un espacio significativo a la acción del juez<sup>7</sup>.

Lo dicho por Guasp partía de una idea que es bastante común en la cultura judicial, según la cual el objeto del proceso lo controla o depende solo del actor, y no del demandado, ni tampoco del juez. Esto se puede ver muy en claro, por ejemplo, en el siguiente párrafo de José Antonio Díaz Cabiale: “La función del Juez en la configuración del «tema decidendi» debería delimitarse de una doble manera, con un carácter positivo mediante la inclusión de aquellos hechos sobre los que la sentencia definitiva debe pronunciarse, siempre que no alteren el objeto del proceso, y de otra con carácter negativo, delimitando cuáles de todos los hechos que se hacen valer por las partes, tienen la virtualidad de provocar la trascendencia jurídica que se pretende y por tanto deben ser objeto de la resolución judicial”<sup>8</sup>.

Desde un punto de vista analítico la distinción de este fragmento es correcta, pues, dirimir los hechos “sobre los que la sentencia definitiva debe pronunciarse” (“carácter positivo”) no es lo mismo que determinar “cuáles de todos los hechos que se hacen valer por las partes tienen la virtualidad de provocar la trascendencia jurídica que se pretende” (“carácter negativo”). Pero en la práctica, esta es una distinción que se difumina, lo que invita a pensar que el objeto del proceso viene dado por las partes –en primer lugar, por el demandante en aras del principio dispositivo–, pero que es el juez quien, aplicando las reglas en juego,

<sup>6</sup> HERNÁNDEZ (2005) p. 204.

<sup>7</sup> GUASP (1943) p. 35: “No hay precisión lógica ninguna de que a la necesidad procesal de que exista una demanda vaya unida la condición de que esta demanda contenga todo el material del ‘thema decidendum’”.

<sup>8</sup> DÍAZ CABIALE (1996) p. 177.

lo define. De cierta forma, esto es parte de lo que tradicionalmente ha comunicado el *iura novit curia*<sup>9</sup>.

La pregunta que se aborda en este artículo no es otra que esta: ¿Cómo dirime el juez los “hechos sustanciales controvertidos” de un caso concreto? Para responder es necesario tomar nota que esta expresión legal entremezcla las categorías de *thema decidendum* (el asunto a decidir) y *thema probandum* (el asunto a probar), de modo que se vuelve preciso acudir a otra distinción clásica del Derecho procesal, la de hechos principales y probatorios, para identificar el contenido de ese enlace<sup>10</sup>. El ejemplo que se usará es un famoso caso de responsabilidad extracontractual: los daños que sufre quien es mordido por un perro<sup>11</sup>.

## 1.2. HECHOS PRINCIPALES Y HECHOS PROBATORIOS

Esta distinción se puede retrotraer a un consejo que Jeremy Bentham les diera a los litigantes que hacen frente a la prueba judicial: “Toda prueba comprende al menos dos hechos distintos: uno, que se puede llamar el hecho principal, o sea aquel cuya existencia o inexistencia se trata de probar; otro denominado hecho probatorio, que es el que se emplea para demostrar la afirmativa o negativa del hecho principal”<sup>12</sup>. Dado que Bentham no ahondó demasiado en la clase de relaciones que entre ambos tipos de hechos se suscitan, no dejó en claro si son los hechos probatorios los que resultan funcionales a los hechos principales, o viceversa.

No obstante, ello no impidió que su consejo fuera ampliamente recogido –con diversos nombres<sup>13</sup> por la literatura especializada, en un claro esfuerzo analítico por separar los asuntos fácticos de los normativos en el ámbito de la litigación.

<sup>9</sup> A propósito de este famoso brocardo, Iván Hunter ha señalado que “la verdadera protección de un derecho debe lograrse con total prescindencia de la habilidad del ciudadano para apuntar con la legislación correcta, ejercicio este que puede resultar extremadamente complejo y hasta tortuoso” HUNTER (2015) p. 36; de modo que –a la luz de la tutela judicial efectiva y de la eficiencia como fines del proceso– se justifica un poder judicial para (re)calificar el caso bajo ciertas condiciones. Si bien comparto esta conclusión, me parece que no se puede olvidar que es un abogado –o sea, un profesional entrenado para tener, entre otras cosas, la habilidad de lidar con un sistema jurídico complejo– quien califica el caso del litigante, de modo que el deber judicial de definir el objeto del proceso no debe ser analizado en una relación juez-ciudadano sino en una de juez-abogado, como se hará más adelante.

<sup>10</sup> Otra distinción propia de la literatura procesal del siglo XX, la que divide entre individualización y substanciación para analizar la causa de pedir –sobre todo a raíz del problema de la opción entre la responsabilidad contractual y la extracontractual–, no será considerada en estas páginas. Para un resumen de ese binomio en dicho debate, LARROCAU (2012b) pp. 471-472.

<sup>11</sup> La elección de otro caso podría haber hecho aún más complejo el problema que se estudia. Piénsese, por ejemplo, en la responsabilidad civil de las sociedades concesionarias por los daños ocurridos en las concesiones de obra pública, en donde, a diferencia del ejemplo del perro, existe un intenso debate en torno a cuál es el marco normativo del conflicto: responsabilidad legal (art. 35, DECRETO N° 900 del Ministerio de Obras Públicas de 1996), responsabilidad contractual (arts. 1545 y 1546 del Código Civil), responsabilidad por infracción a los derechos del consumidor (art. 23, LEY N° 19.496 de 1997), responsabilidad extracontractual (arts. 2314 y 2329 del Código Civil), responsabilidad por falta de servicio (art. 21, Decreto N° 900 del Ministerio de Obras Públicas de 1996) o tan solo aplicar la ley de tránsito (art. 174 inciso 5, LEY 18.290 de 1984) ante un Juzgado de Policía Local, DIEZ SCHWERTER (2007) pp. 82-91.

<sup>12</sup> BENTHAM (1825) p. 15 (destacados en el original).

<sup>13</sup> Por ejemplo, un enfoque tripartito puede distinguir entre (a) un hecho del caso (*fact in issue*) o *factum probandum*, (b) un hecho relevante para un hecho del caso o *factum probans* y (c) un hecho colateral (*collateral*

El argumento de este trabajo es que, vista desde un plano estático, esta distinción entre hechos principales y probatorios no logra dar cuenta de cómo se discuten los hechos en un juicio. Por el contrario, para iluminar el modo en que se articula esta discusión es preciso cultivar una aproximación dinámica, que explore la convergencia entre hechos principales u operativos (*ultimate facts*) y hechos probatorios o secundarios (*evidential facts*)<sup>14</sup>. Para ello el juez debe emplear un razonamiento hermenéutico que le permita justificar el modo en que las aserciones probadas (*v. gr.*, el vecino perdió un dedo de su mano cuando la mordió el perro) se enlazan con las evaluaciones normativas (*v. gr.*, la víctima sufrió un daño), asumiendo que los hechos controvertidos en un juicio son aquellos que admiten una calificación normativa (= una interpretación de segundo nivel o más que finalmente se expresa en la sentencia)<sup>15</sup>.

Esta convergencia entre hechos principales y probatorios fue abordada durante el siglo XX tanto por enfoques analíticos como hermenéuticos, tal como lo exhiben los trabajos de W. N. Hohfeld y de Karl Larenz, a los que se acudirá en la tercera parte del artículo. Antes de ello, será necesario ver cómo el consejo benthamiano fue entendido, tanto por los escépticos (de las reglas y de los hechos) como por los dogmáticos, ya que ambos enfoques ayudan a dilucidar el modo en que el juez debe proceder para definir el objeto del proceso y fijar los “hechos sustanciales controvertidos” del mismo. Para este último propósito, los trabajos de Jerome Frank y de Peter Cane sirven como ejemplos autorizados de cada uno de esos enfoques.

### 1.2.1. Escépticos

Cualquiera de los hechos que los litigantes le han contado al juez –ya sea en la demanda, en la contestación, o durante otra instancia autorizada– puede gatillar la siguiente duda: “¿Por qué discutir (y, en consecuencia, adquirir conocimiento de) **estos** hechos y no sobre *otros* hechos?”<sup>16</sup>. Este punto fue tempranamente visto por Jerome Frank, quien advirtió que los litigantes suelen tener desacuerdos no solo de índole normativa (¿Es culpable el dueño de un perro que mordió a un transeúnte?), sino que sus diferencias pueden versar directamente sobre los hechos.

Por lo tanto, como las circunstancias que motivarán el fallo son deudoras de las narraciones de las partes y esas versiones podrían ser distintas entre sí, los estudios de la prueba judicial deben considerar la pregunta acerca de cómo el juez ha identificado los hechos de la discusión antes de que se rinda la prueba, un asunto cuya importancia no se puede soslayar. Para avanzar a este respecto es útil recordar lo que el propio Jerome Frank pensaba que se debía hacer: “Un tribunal, al determinar los hechos de un caso, cumple dos tareas: primero debe establecer si ocurrieron ciertos hechos en el pasado; segundo, el tribunal debe extraer aquel sector de estos acontecimientos –así establecidos– que es «relevante», esto es,

---

*fact*); una hipótesis típica de estos últimos son los hechos que permiten dar cuenta de la credibilidad de un testigo, CHOO (2009) p. 2.

<sup>14</sup> ZUCKERMAN (1986) pp. 489-490.

<sup>15</sup> DAMAŠKA (1975) p. 1087.

<sup>16</sup> FRANK (1951) p. 26 (destacados en el original).

que posee significación jurídica de conformidad a la norma aplicable [...] Esta primera tarea implica el ejercicio de la «discrecionalidad en cuanto a los hechos» del tribunal de primera instancia<sup>17</sup>.

Lo que Frank consideró que era la primera tarea de un juez –la de “establecer si ocurrieron ciertos hechos”– se corresponde, en mi opinión, con el primer interrogante probatorio de todo litigio: ¿Cuáles son los “hechos en el pasado” que deben probarse? La respuesta, en Frank, venía de la mano de la discrecionalidad judicial, lo que no es de extrañar en él debido a que su actitud fue la de una crítica radical a la capacidad humana para fijar los hechos del pasado y para predecir correctamente los hechos en el futuro, debido a causas psicológicas, institucionales y mixtas o contextuales<sup>18</sup>, inclinándose por el factor humano como la clave decisoria en estos asuntos<sup>19</sup>. De hecho, William Twining, ha considerado que los análisis de Frank fueron ante todo críticos, más que escépticos<sup>20</sup>.

En cualquier caso, a Frank le corresponde el mérito de haber advertido que las partes, por razones genuinas o estratégicas, pueden tener fuertes desacuerdos en torno a los hechos en un proceso judicial. Ahora bien, puesto que se trata de un enfoque escéptico (o crítico), es comprensible que en él se afirme que el juez decide los hechos relevantes –los que poseen “significación jurídica de conformidad a la norma aplicable” – solo una vez concluido el juicio, y no al comienzo. Para un escéptico, la explicación de esto es sencilla: ni las reglas, ni las interpretaciones dogmáticas, son útiles para recortar los relatos dados por las partes, de modo que parece una buena solución o, al menos, una aceptable entregar esta decisión a la discreción judicial, a la coronada del juez.

Desde este punto de vista, que también podría llamarse uno realista, todo intento por interpretar fielmente una norma (o disposición normativa, si se quiere) es capturado por la discrecionalidad del juez<sup>21</sup>: decidir qué significado atribuirle a las reglas en juego y determinar a partir de ello los “hechos sustanciales controvertidos” es algo que depende del palpito judicial. ¿Podría un dogmático estar de acuerdo con esto?

### 1.2.2. Dogmáticos

La distinción de Peter Cane entre hechos primarios (*primary facts*) e inferencias o evaluaciones permite ilustrar de buena forma el modo en que los dogmáticos han leído el consejo benthamiano<sup>22</sup>.

En una sintonía parcial con el punto de vista escéptico, lo que un dogmático como Cane ha sostenido es que “usualmente el juez decide lo que piensa son los hechos primarios

<sup>17</sup> FRANK (1951) pp. 79-86.

<sup>18</sup> REYES (2016) pp. 266-270.

<sup>19</sup> CAHN (1957) p. 828.

<sup>20</sup> TWINING (2006) pp. 116-119.

<sup>21</sup> COLOMA (2002) p. 553.

<sup>22</sup> CANE (1993) pp. 28-31: “Qué sucedió realmente; cómo ocurrió el accidente; si el demandante hizo esto o el demandado aquello; qué rol jugaron los terceros y así – todas estas son cuestiones de hechos primarios”.

del caso después de oír la evidencia”, y –nótese bien– creyendo que “a veces no hay disputas acerca de los hechos primarios: todos acuerdan acerca de lo que ha sucedido”<sup>23</sup>.

La primera de las ideas de Cane es la más discutible, ya que si los dogmáticos confían en las reglas y en las interpretaciones que ellos mismos fabrican con respecto a ellas, como formas de recortar la realidad, es extraño que no se haya pensado en un modo inteligente de identificar los hechos de la discusión con anterioridad a la fase en que se ha de “oír la evidencia”<sup>24</sup>. Cane, lo mismo que el giro epistémico de la prueba judicial, centra toda la atención en la sentencia definitiva, olvidando el modo en que se forma el debate en un litigio. Simplificando las cosas, pareciera que tanto para escépticos como dogmáticos lo único que importa es el resultado, no el proceso.

Ahora bien, la segunda intuición de Cane, esa que invita a pensar en que los litigantes podrían tener un consenso en cuanto a los hechos principales, tampoco es convincente. Es más, creo que es obvio sospechar, tal como hiciera Frank, que las discusiones judiciales también se extienden a los hechos, y que eso es parte de lo que define a un caso como difícil. Si no hubiera discrepancia en torno a los hechos, simplemente no habría fase de prueba: el juez debería fallar de inmediato el caso (art. 313 inciso 1º). Por eso, para decirlo con las mismas palabras de Cane, es más probable que en un juicio existan diferencias acerca de “cómo ocurrió el accidente; si el demandante hizo esto o el demandado aquello; qué rol jugaron los terceros”, a que se trate de un debate puramente normativo que el juez debe resolver<sup>25</sup>.

Otro dogmático, Mirjan Damaška, más atento a estas discrepancias sobre los hechos, sugirió que durante una etapa inicial del juicio se deben discutir los acuerdos de las partes sobre los hechos, mediante lo que la dogmática continental ha llamado hechos pacíficos o convenciones probatorias, para reducir el riesgo de simulaciones que comprometan la integridad de la jurisdicción<sup>26</sup>. Lo que aquí se examina, con todo, no es el complejo problema de la verdad negociada<sup>27</sup>. Se trata de saber cómo el trasfondo institucional de un conflicto es leído, primero por los abogados y luego por el juez, con el propósito de traducir los

<sup>23</sup> CANE (1993) p. 29. Siguiendo esta misma línea, en Chile, Pablo Rodríguez Grez ha sostenido que “por lo general, los hechos no son materia medular en la controversia civil, sino más bien la calificación jurídica de los mismos”, RODRÍGUEZ (2013) p. 9.

<sup>24</sup> VARGA (1995) p. 26.

<sup>25</sup> CANE (1993) p. 29: “[C]uando todos los hallazgos de hecho que son necesarios o relevantes han sido realizados, el juez da paso al segundo nivel de la pregunta por la negligencia, el cual implica formular un juicio: dados los hechos resultantes ¿fue negligente el demandado?”.

<sup>26</sup> DAMAŠKA (1997a) pp. 103-105.

<sup>27</sup> De todas formas quiero observar lo siguiente: decir que cualquier acuerdo entre las partes debe prevalecer sobre la función del proceso de establecer hechos verdaderos (BORDALÍ, CORTEZ y PALOMO [2013] p. 189), apelando para ello a una lectura del principio dispositivo en clave de propiedad privada (MATHEUS [2003] p. 181), es un error. Al respecto, conviene tomar nota de un fallo de 1927 en que la Corte de Santiago revocó una sentencia y ordenó retrotraer el proceso al estado de recibir la causa a prueba dada “la circunstancia de haberse aceptado en la contestación, como verídicos los fundamentos de la demanda [en un caso en que] los resultados del pleito no tan solo podían afectar a las personas que intervenían directamente en él, sino también a los terceros que directa o indirectamente hubieren efectuado actos o contratos relacionados con la propiedad, que fue materia del contrato”, *Gaceta de los Tribunales*, 1927, N° 164, p. 700. Para Raúl Díez, quien comentó ese caso, “este interesante fallo se fundamenta en los principios de fraude pauliano”, DÍEZ DUARTE (1997) p 200.

hechos brutos en hechos operativos, dado que si bien “toda descripción presupone un contexto de curso normal”<sup>28</sup>, es posible que las descripciones de los abogados no siempre expliquen ese contexto o incluso que lo deformen por motivos egoístas.

## 2. RECIBIR LA CAUSA A PRUEBA

En Chile, el juez decide si existe o no una controversia sobre “hechos sustanciales” mediante el mal llamado auto de prueba, un nombre erróneo porque se trata de una sentencia interlocutoria de segundo grado (= debe servir de base al pronunciamiento de una sentencia definitiva o interlocutoria) (art. 158 inciso 3)<sup>29</sup>. Esta apuesta judicial de recibir la causa a prueba es una pieza esencial del juicio (art. 795 N° 3), de modo que su omisión permite anular la sentencia definitiva.

Su relevancia en la práctica puede ejemplificarse mediante algunos de los aspectos en que ella incide, siendo el que sigue un listado no exhaustivo: (i) permite detectar durante el litigio lo que cuenta como un “hecho nuevo” (art. 321 inciso 1°), (ii) hace aplicable el estándar de admisibilidad de las pruebas según su relevancia<sup>30</sup>, (iii) sirve como incentivo para que los abogados articulen una teoría del caso antes de litigar, (iv) ayuda a identificar cuándo la alteración de una demanda –ya sea su recalificación, modificación o enmienda– debería considerarse una nueva demanda al haber incidido de forma determinante en la configuración de los hechos principales<sup>31</sup>, (v) impulsa a que el propio juez haga explícita su concepción de las reglas aplicables al caso en una etapa temprana de la discusión, favoreciendo el derecho de defensa, y (vi) contribuye a hacer efectiva la congruencia en la motivación del fallo (arts. 160 y 170 N° 4)<sup>32</sup>.

### 2.1. IMAGEN DE LOS HECHOS

Por razones de espacio, aquí solo se analizarán los puntos (iii) y (v) recién señalados en el apartado anterior<sup>33</sup>, para mostrar cómo la relación entre abogados y jueces influye en la identificación de una controversia sobre “hechos sustanciales”. Para ello se tomará prestado un retrato de la litigación que hiciera Neil MacCormick en 1978: “La tarea del abogado es relativamente más fácil que la del juez, en el siguiente sentido: la conclusión por la cual ha argumentado, dentro de los límites y materias aconsejadas, ha sido fijada por su cliente. Un ciudadano dispone de una acción para reclamar por daños que otro le ha infligido. La tarea de su abogado es, entonces, construir un argumento que pueda mostrar

<sup>28</sup> ANSCOMBE (1958) p. 49.

<sup>29</sup> NÚÑEZ y PÉREZ RAGONE (2014) p. 122.

<sup>30</sup> LARROUCAU (2012a) pp. 187-190.

<sup>31</sup> Si en la audiencia preliminar se le permitiese al actor enmendar su demanda –para lo cual, tal vez, podría exigirse una autorización judicial– habría que concederle al demandado un espacio para “reorganizar su defensa” HUNTER (2013) p. 630.

<sup>32</sup> Para un análisis de la regla de congruencia y el objeto del proceso en sede penal, DEL RÍO (2008) pp. 101-117.

<sup>33</sup> Entre los aspectos que no se alcanzan a discutir hay uno aludido por Daniel Peñailillo que vale la pena mencionar: la resolución que recibe la causa a prueba no sería el momento adecuado para que el juez asigne la carga de la prueba, en caso de tener esa facultad, PEÑAILILLO (1989) p. 59 (n. 80).

que el daño es en realidad legalmente imputable a otro ciudadano y que, por ello, justifica la petición de indemnización de su cliente. El demandado que consigue, si es que puede, un abogado, argumentará el caso opuesto –que por alguna razón el daño no es imputable a él de modo tal que no tiene la obligación de indemnizar–. Para cada uno de los abogados como representantes la conclusión a argumentar se encuentra predeterminada, la tarea se encamina en favor de la conclusión mediante los mejores argumentos jurídicos que su ingenio pueda concebir. Para el juez, por otro lado, la conclusión a ser alcanzada está lejos de hallarse predeterminada –es cuestión suya determinarla mediante su propia apreciación de los argumentos ofrecidos y tratar de resolver cuál entre las conclusiones rivales sugeridas se encuentra mejor justificada en derecho<sup>34</sup>.

Si bien podría discutirse que la óptica del abogado no es, como lo adujera MacCormick, “relativamente” más simple que la del juez, es atractivo ver en qué sentido esa ventaja solo es relativa: “¿Qué es lo que el abogado debe hacer? Primero, debe tratar de obtener una imagen de los hechos del caso, luego, del conjunto completo de hechos y eventos debe seleccionar cualquiera que pueda ser relevante, y el juicio de relevancia se encuentra, en mi opinión, basado en lo que el abogado entiende argumentable en derecho [...] Pero ¿de dónde deriva ese entendimiento? De su experiencia práctica y, entre todas esas experiencias, de los argumentos que los jueces han aceptado como justificaciones correctas [...] Los jueces, a su turno, cuando presentan la justificación de sus decisiones están de hecho (al menos en parte) replicando los argumentos que el abogado le ha proporcionado. Hay una obvia y marcada reciprocidad de estilo entre la argumentación de abogados y jueces en nuestros sistemas [*Common Law*]”<sup>35</sup>.

Como es sencillo constatar, al igual que los escépticos y los dogmáticos antes mencionados, Neil MacCormick orienta su atención hacia la sentencia definitiva. No obstante, su argumento sirve para iluminar el problema que aquí se examina, pues, la generación de una hipótesis del caso es un componente básico del trabajo de los abogados. Cada abogado debe seleccionar los fragmentos del relato que le cuenta el cliente y elegir los que piensa que son relevantes para el juicio, sabiendo que hay múltiples candidatos para completar el espacio en blanco de “X es relevante para \_”<sup>36</sup>. Para ello, el abogado se hace una imagen de los hechos teniendo en mente que su lectura probablemente competirá con la de otro litigante. Parte de su éxito, entonces, depende de la tendencia de los trabajos profesionales –como la abogacía y la judicatura– para enfrentar de un modo rutinario situaciones que un ciudadano percibe como crisis; o sea, de su entrenamiento para leer el caso como una expresión individual de un tipo general<sup>37</sup>. Esto supone aproximarse a los hechos de un modo semejante al cumplimiento desapasionado de una tarea rutinaria, incluso si se sabe que otros pueden discrepar de la propuesta que se plantea. En *The Faces of Justice*, Mirjan Damaška resumió esta labor así: “Como consecuencia del hábito y la especialización se produce la separación entre las reacciones profesionales y personales: el profesional adquiere la

<sup>34</sup> MACCORMICK (1978) pp. 169-170.

<sup>35</sup> MACCORMICK (1978) p. 170.

<sup>36</sup> HOLDCROFT (1983) pp. 130-131, 134.

<sup>37</sup> DAMAŠKA (2003) p. 119.

capacidad de anestesiar su corazón, si es necesario, y de tomar decisiones –en su rol de funcionario– que nunca tomaría como individuo”<sup>38</sup>.

El objeto del proceso, entonces, y lo diré con una imagen menos críptica que las usuales, es una caja de resonancia de las teorías del caso que han articulado las partes, gracias a que los abogados y el juez tienen “la capacidad de anestesiar su corazón” al hacerse una imagen de los hechos principales (sustanciales, operativos, o cómo sea que se les llame) del caso.

El desafío particular del juez es sintetizar el conflicto cuando recibe la causa a prueba según el marco institucional en base al cual será resuelto. Por razones de eficiencia, el número de hechos incluidos en esta resolución debe ser acotado; y, como ella tiene que capturar el conflicto en sus términos relevantes, no debe incluir hechos genéricos (*v. gr.*, pruebe la culpa)<sup>39</sup>, ni pedestres (*v. gr.*, pruebe el temor que tenía la víctima a ser mordida por un perro)<sup>40</sup>. Como lo hiciera ver Jerzy Wróblewski, hay “razones praxeológicas [que] exigen ocuparse solo de los hechos que tienen importancia para la decisión”, por lo que hay al menos tres tipos de hechos que deben considerarse: “(a) los hechos contestados por las partes, (b) los hechos no contestados pero dudosos, (c) los hechos que destruyen una presunción judicial”<sup>41</sup>.

Esta lectura, por lo demás, se alinea con lo que la academia y la jurisprudencia chilenas han dicho respecto a los puntos de prueba. Así, por ejemplo, Emilio Rioseco sostuvo que “los hechos pertinentes y sustanciales controvertidos deben especificarse en forma clara y precisa”<sup>42</sup>, y, como lo resolviese la Corte de Santiago apenas estrenado el Código de Procedimiento Civil, en 1904, “los puntos de prueba deben ser fijados expresa y determinadamente por el mismo juez y no en forma de simple referencia a las minutas o escritos de las partes”<sup>43</sup>. En su comentario a esa sentencia, Emilio Rioseco agregó que “se frustraría el espíritu de la ley [art. 318 inciso 1º] al remitir a las partes a los escritos del proceso para determinar las bases probatorias, ya que los hechos están en dichas minutas o presentaciones, muchas veces expuestos en forma confusa, vaga, cuando no contradictoria”<sup>44</sup>.

<sup>38</sup> DAMAŠKA (1986) p. 38.

<sup>39</sup> Para un ejemplo de la tendencia en la justicia chilena a fijar puntos de prueba genéricos, véase el caso de la compensación económica por menoscabo en el ámbito familiar, LARROUCAU (2013) pp. 75-79.

<sup>40</sup> Por ello es que una regla como la de la justicia civil española, según la cual “la prueba tendrá como objeto los hechos que guarden relación con la tutela judicial que se pretenda obtener en el proceso” (art. 281.1 LEC 2001), es claramente deficiente, ya que reformula la pregunta acerca de cuáles son los “hechos sustanciales controvertidos” con una categoría que es aún más difusa: ¿Cuáles son los hechos que guardan relación con la tutela judicial?

<sup>41</sup> WRÓBLEWSKI (1981) p. 240.

<sup>42</sup> RIOSECO (1995) Tomo I, N° 254, p. 154.

<sup>43</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, 6 agosto 1904, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T I, sección. 2<sup>a</sup>, p. 508 citada en RIOSECO (1995) Tomo I, N° 254, p. 155. La misma Corte, seis décadas más tarde, señalaba que “la enunciación de los hechos controvertidos, que son los contenidos en los escritos fundamentales de la litis, debe ser breve, en forma concisa, extractada. Este es el deber del juzgador y no porque no lo cumpla en la forma amplísima que le agradaría a algún litigante, abarcando incluso hechos no controvertidos, se va a casar la sentencia”, Corte de Apelaciones de Santiago, 15 octubre 1964, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. LXIII, sec. 2<sup>a</sup>, 10 citada en RIOSECO (1995), Tomo I, N° 384, p. 212.

<sup>44</sup> RIOSECO (1995) Tomo I, N° 254, p. 156.

En lo que resta del artículo se acudirá a dos textos clásicos, uno de Hohfeld y otro de Larenz, para mostrar la ventaja del enfoque hermenéutico, por sobre uno analítico, cuando se trata de recibir la causa a prueba mediante una convergencia entre hechos principales y hechos probatorios.

### 2.1.1. *Los perros de Hohfeld*

Wesley Newcomb Hohfeld, uno de los héroes de los analíticos, consideró que los hechos que las partes mencionan en sus escritos “poseen un carácter más o menos genérico”<sup>45</sup>. Es más, Hohfeld pensó que era una cosa “obvia” el que ellos fuesen “habitualmente de carácter muy genérico”. Pero esta es, a mi juicio, una conclusión que solo puede funcionar a nivel descriptivo y no como algo normativo, tal como se sigue del mismo ejemplo dado por Hohfeld: “[Cuando] *A* alega en su demanda que, debido a la falta de cuidado de *B*, fue mordido por el perro del último, el hecho invocado posee carácter genérico, y no importa si fue el perro Jim o el perro Dick el que mordió al actor. Aun si suponemos, en consecuencia, que el perro que mordió a *A* fue Jim, y no Dick, no podría decirse que este hecho específico fue articulado como litigioso en los escritos de demanda y contestación”<sup>46</sup>.

Como es sabido, en un juicio de imputación civil se deben examinar las circunstancias del caso para establecer, en lo que se refiere a la culpa de la demandada, la existencia de un deber de cuidado, su nivel o umbral y su efectiva infracción en el caso concreto<sup>47</sup>. Si este esquema es correcto, el ejemplo de Hohfeld muestra, al contrario de lo que él mismo pensaba, que sí es relevante para *A* señalar en su demanda que el perro atacante fue Jim (y no Dick), en tanto Jim puede ser un perro de pelea adiestrado por *B* para su entretenimiento, e incluso susceptible de considerarse un animal bravío<sup>48</sup> –y, con ello, eventualmente reconducir el caso hacia una hipótesis de responsabilidad estricta<sup>49</sup>, mientras que Dick puede ser un animal que vive con *B*, como compañía, o incluso contribuye en su trabajo –por ejemplo, si *B* vive en la Patagonia y tiene a Dick para labores de pastoreo–.

Por lo tanto, a diferencia de Hohfeld, considero que los hechos “reales y específicos” sí deben ser expuestos por *A* en su demanda, para que *B* tenga la posibilidad de contradec-

<sup>45</sup> HOHFELD (1913) pp. 40-42: “Los hechos reales y específicos que en definitiva se tienen en cuenta, por lo común no son articulados como litigiosos en los escritos de referencia” (destacados en el original).

<sup>46</sup> HOHFELD (1913) p. 41: “Del mismo modo, y en forma más obvia, las alegaciones de hecho contenidas en los escritos iniciales en una acción ordinaria que involucre la llamada negligencia son habitualmente de carácter muy genérico”.

<sup>47</sup> BARROS (2006) pp. 75-82.

<sup>48</sup> Art. 608, Código Civil chileno (1855): “Se llaman animales bravíos o salvajes los que viven naturalmente libres e independientes del hombre, como las fieras y los peces; domésticos los que pertenecen a especies que viven ordinariamente bajo la dependencia del hombre, como las gallinas, las ovejas; y domesticados los que sin embargo de ser bravíos por su naturaleza se han acostumbrado a la domesticidad y reconocen en cierto modo el imperio del hombre. (2) Estos últimos, mientras conservan la costumbre de volver al amparo o dependencia del hombre, siguen la regla de los animales domésticos, y perdiendo esta costumbre vuelven a la clase de los animales bravíos”.

<sup>49</sup> Art. 2327, Código Civil chileno (1855): “El daño causado por un animal fiero, de que no se reporta utilidad para la guarda o servicio de un predio, será siempre imputable al que lo tenga, y si alegare que no le fue posible evitar el daño, no será oído”.

cirlos en su contestación, ya que ellos son la base de las imágenes de los hechos que las partes le comunican al juez y que este usará para definir el objeto del proceso y recibir la causa a prueba.

En este sentido, si probar una negligencia depende de la combinación de diversos criterios normativos, como la probabilidad de sufrir un daño (mayor si el perro es bravío) y los beneficios que se obtienen de aquello que lo ha provocado (menores si es un animal de pelea, en lugar de un perro de pastoreo), explayarse en relación a esos hechos (en este caso, sobre el tipo de animal que mordió a *A*) es justamente lo que le permite al juez modular la convergencia entre hechos principales y probatorios. Para ilustrarlo con este mismo ejemplo, aquí la resolución que recibe la causa a prueba podría fijar como “hechos sustanciales controvertidos” al menos cuatro:

- a. El beneficio obtenido por el demandado gracias al animal;
- b. La calidad en que el demandado tenía al perro;
- c. El modo en que se produjo el ataque; y
- d. La intensidad del menoscabo sufrido por la víctima<sup>50</sup>.

Con todo, la exposición de Hohfeld sirve para recordar, tal como hiciera el consejo de Bentham, que hay dos tipos de hechos en relación con la prueba judicial: (i) Los hechos principales, que son los que apelan a categorías normativas (como la buena fe o el interés superior del niño, niña o adolescente) y (ii) los hechos probatorios (“reales y específicos”), que son los que a lo largo del juicio se corroboran o refutan mediante evidencias.

Ahora bien, especialmente para aquellos que consideran que las reglas y sus interpretaciones sí sirven para recortar los aspectos de la realidad que el juez tiene que decidir, debería ser razonable la idea que los escritos de los abogados no se limiten a una referencia “genérica” a los hechos –como dijera Hohfeld–, sino que existan reglas que impongan algunas exigencias con respecto a la imagen de los hechos que comunica cada parte. Sin dudas, Hohfeld estaba en lo correcto al advertir que un “hecho específico [o “real”] no es articulado como litigioso”, porque “lo articulado como litigioso” es siempre algo normativo, no un hecho bruto. Pero de esa idea, analíticamente correcta, no se desprende la consecuencia normativa que las referencias a los hechos en los escritos judiciales deban ser genéricas.

Piénsese, por ejemplo, en una de las funciones de la resolución que recibe la causa prueba que no fue señalada expresamente antes: ayudar a identificar la mejor evidencia para el juicio, esto es, a saber cuál es la información “que permite al juez alcanzar el *probandum*”

<sup>50</sup> Otro buen ejemplo para debatir la resolución que recibe la causa a prueba es *ZAPATA CON SOCIEDAD COMERCIAL MARTÍN LIMITADA*, citado como el primer fallo que aplicó la Ley Zamudio (LEY N° 20.609, que establece medidas contra la discriminación), a un caso en que se excluyó de un motel a una pareja de jóvenes lesbianas (Tercer Juzgado Civil de Santiago, 5 diciembre 2012, Rol N° 17314-2012). Según Fernando Muñoz, en *ZAPATA*, dado el tipo de conflicto que era, o sea, “tomando en consideración la naturaleza de la discriminación como práctica social, los tribunales debieran en general incorporar como punto de prueba un ítem de las siguientes características: «Efectividad de formar parte los hechos denunciados de un patrón de conducta, política o práctica sostenida en el tiempo»” MUÑOZ (2014) p. 216. Un punto de prueba de esta índole ciertamente no es pedestre, pero sí demasiado amplio, y no parece factible probar tal circunstancia en un juicio civil de las características del actual juicio por discriminación. Con esto, por cierto, no niego la necesidad de levantar en otras instancias ese tipo de información para abordar esta clase de conflictos.

en el menor número de pasos inferenciales”<sup>51</sup> y que, en un sistema procesal bien diseñado, tendría que gozar de preeminencia con respecto a los demás datos. Lo que hace más probable identificar a esta mejor evidencia no es una regla que permita a los abogados hacer alusiones genéricas a los hechos, sino una disposición que les imponga ciertos requisitos y fije consecuencias a su infracción, tal como ocurre en el ámbito comparado. Por ejemplo, las *Federal Rules of Civil Procedure* estadounidenses señalan que “*a party must state its claims or defenses in numbered paragraphs, each limited as far as practicable to a single set of circumstances*” (Rule 10 [b]), mientras que el famoso § 138 de la *Zivilprozessordnung* alemana de 2002, dispone que “las partes deben hacer sus declaraciones sobre cuestiones de hecho en forma completa y adecuada a la verdad”<sup>52</sup>. Los *Principles of Transnational Civil Procedure* de UNIDROIT de 2004, a su vez, sugieren autorizar al juez para que pida a las partes que aclaren los hechos que alegaron en el juicio cuando ello sea necesario<sup>53</sup> y, la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 2001, le ordena al actor exponer “numerados y separados los hechos”, los que “se narrarán de forma ordenada y clara con objeto de facilitar su admisión o negación por el demandado al contestar” (art. 399.1 y 3)<sup>54</sup>.

En esta misma línea, el Código de Processo Civil brasileño de 2015 advierte que la demanda será rechazada si “*da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão*” (art. 330 §1 III), algo que el juez puede examinar de forma apropiada únicamente si la presentación de los hechos no se limita a expresiones genéricas.

De allí que las viejas reglas del Código de Procedimiento Civil, que solo exigen a las partes una “exposición clara de los hechos” (arts. 254 N° 4 y 309 N° 3), deban ser reformuladas.

### 2.1.2. *El perro de Larenz*

A diferencia de la aproximación analítica, el enfoque hermenéutico tiene el potencial de rescatar la relación dinámica o convergencia que se da entre hechos principales y proba-

<sup>51</sup> STEIN (1996) pp. 331, 339: “Al decir esto, me refiero no solo al grado de vinculación [*directness*] lógica de la evidencia vis-à-vis el *probandum*, sino también, y, de hecho, primeramente, a la extensión de su examen [*testability*]”.

<sup>52</sup> § 138 *Zivilprozessordnung*: “Deber de declaración sobre hechos: deber de decir la verdad: (1) Las partes deben hacer sus declaraciones sobre cuestiones de hecho en forma completa y adecuada a la verdad. (2) Cada parte debe declarar sobre las alegaciones de hecho de su contraparte. (3) Los hechos que no sean discutidos en forma expresa deben considerarse como admitidos, cuando no pueda inferirse la intención de discutirlos de las declaraciones que efectúen las partes. (4) Una declaración fundada en el desconocimiento es solamente admisible en tanto verse sobre hechos que no dependan de los actos propios de la parte ni de un objeto que se encuentre bajo su control”, *ZIVILPROZESSORDNUNG* (2002): traducción de Juan Carlos Ortiz y Álvaro Pérez Ragone, Konrad Adenauer Stiftung, Programa Estado de Derecho para Sudamérica, Montevideo, 2006.

<sup>53</sup> *Principles of Transnational Civil Procedure*: “22. *Responsibility for Determinations of Fact and Law*. 22.1 *The court is responsible for considering all relevant facts and evidence and for determining the correct legal basis for its decisions, including matters determined on the basis of foreign law*. 22.2 *The court may, while affording the parties opportunity to respond*: 22.2.1 *Permit or invite a party to amend its contentions of law or fact and to offer additional legal argument and evidence accordingly*”.

<sup>54</sup> Isabel Tapia dio una explicación de cosa juzgada y no de índole probatoria a la carga del actor de aducir todos los hechos que conoce y los argumentos que posee en favor de su pretensión en la demanda: con ello se evitan futuros litigios sobre lo mismo, TAPIA (1999) 33-35 (esta afirmación la hizo teniendo en cuenta las reglas que luego serían los arts. 222.2 y 400 de la LEC de 2001).

torios en un proceso judicial; lo que Arthur Kaufmann llamó “un «abrirse», que acontece sin solución de continuidad, del hecho a la norma y de la norma al hecho”<sup>55</sup>.

Coincidencia o no, el ejemplo que usó Karl Larenz a este respecto sintonizó con el que antes diera Hohfeld: “La mujer, que fue mordida en la mano por el perro del vecino al ofrecerle un hueso, contará, tal vez, que el perro le dio lástima, porque estaba flaco; que ella no se había apercibido de la reacción del perro, porque el perro la conocía; que, con frecuencia, le había ya dado algo; y cosas semejantes. Pero no contará que el vecino le había advertido que no debía darle nada al perro, porque este era todavía pequeño y un poco rebelde. Esta circunstancia puede ser jurídicamente importante, porque de ella puede resultar una parte de culpa de la mujer, en el sentido del § 254 del BGB. Otra circunstancia, cuya posible importancia jurídica resulta del § 833 del BGB, es si el vecino tenía el perro por afición o por motivos profesionales o de lucro”<sup>56</sup>.

El que la actora pueda, en un caso como este, omitir estratégicamente una información importante a la hora de calificar el caso<sup>57</sup>, es parte de lo que justifica repensar el papel del juez en la discusión de los hechos. Y es en esta reflexión donde el acento hermenéutico adquiere importancia, al explicitar el modo en que las narraciones de las partes –sus imágenes de los hechos– le imprimen desde un comienzo una calificación jurídica al conflicto: “El hecho contiene incluso ya una, aunque también solo vagamente indicada, relación jurídica, en las palabras: ‘el perro del vecino’. Pues, con estas palabras, se dice que el perro pertenece a la economía doméstica, a la esfera de dominio del vecino; con esto se insinúa ya, aunque esto haya de ser examinado aún más concretamente, que el vecino ha de considerarse ‘poseedor del animal’”<sup>58</sup>.

Por ello, “el hecho acaecido tiene, en cierto modo, un ‘núcleo’, que da motivo a plantear en torno a él una cuestión jurídica [...] el núcleo lo forman aquí el mordisco del perro y los dolores ocasionados a la mujer debido a ello y otros perjuicios, como, por ejemplo, gastos médicos, pérdidas de ganancias [...] La cuestión jurídica, que el caso da motivo a plantear, es la de si la mujer puede exigir indemnización por daño, del poseedor del perro o de otro, por estos perjuicios”<sup>59</sup>.

De allí que el punto de vista hermenéutico resalte el uso de los cánones de interpretación desarrollados por la dogmática y la jurisprudencia en torno a las reglas aplicables al caso, para fijar el núcleo del conflicto que el juez debe resolver. Estos cánones, al igual que los hechos narrados por los litigantes, también son fruto de una imagen más o menos definida acerca de lo que se debe hacer en cada ámbito de la sociedad<sup>60</sup>. Para decirlo otra vez con palabras de Larenz: “La actividad de los juristas no empieza, de ordinario, en

<sup>55</sup> KAUFMANN (1965) p. 85.

<sup>56</sup> LARENZ (1960) p. 273.

<sup>57</sup> Art. 2330, Código Civil chileno (1855): “La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente”.

<sup>58</sup> LARENZ (1960) p. 273.

<sup>59</sup> LARENZ (1960) p. 274 (destacado en el original).

<sup>60</sup> ATRIA (2002) pp. 366-369.

el enjuiciamiento jurídico del hecho que se le presenta terminado, sino ya en la formación del hecho accesible a su enjuiciamiento jurídico”<sup>61</sup>.

### 3. HECHO Y DERECHO

El ámbito de este artículo, como se advertía al inicio, es la fijación de los “hechos sustanciales controvertidos” como parte del estudio de lo que está en tela de juicio. El enorme impacto que tiene en la práctica esta apuesta judicial a través de la resolución que recibe la causa a prueba no se condice con el nivel de análisis que existe en torno a ella en nuestra literatura, por lo que ahora corresponde intentar una explicación para esta indiferencia.

La explicación sería la siguiente. Históricamente, los sistemas jurídicos han distinguido entre hecho y derecho en clave estructural, esto es, como un modo de repartir tareas entre los jueces. Mientras que en el *Common Law* este binomio ha permitido separar la competencia del juez de la del jurado<sup>62</sup>, en el Derecho continental ha servido para distribuir las tareas entre los jueces de primera instancia y las Cortes<sup>63</sup>. Este enfoque orgánico o estructural no ha sido apto para explorar el modo en que se recibe la causa a prueba. Para este último punto es necesario adoptar directamente el enfoque de la prueba judicial, a efectos de saber cómo el juez elabora el “mosaico” de los hechos del caso<sup>64</sup>, es decir, cómo el juez, partiendo de hechos fijados descriptivamente (mediante lo que Jerzy Wróblewski llamó un enunciado o proposición existencial: “un perro suelto en la calle”), llega a hechos fijados valorativamente (“alguien sufrió un daño estético al ser mordido”) como parte de la *quaestio iure*<sup>65</sup>.

Por lo tanto, se debe usar el punto de vista de la prueba para explorar el modo en que los abogados y el juez interpretan el predicado fáctico de una regla en forma de hipótesis al abordar un caso. Así, en el ejemplo de la responsabilidad civil empleado tanto por Hohfeld como por Larenz, la hipótesis del juez sería la que sigue: “si (los daños sufridos provienen de la culpa o el dolo del demandado), entonces (se deben indemnizar esos daños sufridos por el actor)”<sup>66</sup>. Tal hipótesis es la que luego el juez desglosa en una serie de proposiciones simples que se someten a prueba. Estos son los “hechos sustanciales controver-

<sup>61</sup> LARENZ (1960) p. 272.

<sup>62</sup> Es por ello que si la *Supreme Court* norteamericana “afirma que «todo es derecho» le asigna más autoridad a los jueces que al jurado, y le da a los jueces de apelación el poder de revisar decisiones sin tener en cuenta al juez de instancia”, THORNBURG (2009) p. 2. Ahora bien, aunque en la justicia civil actual el jurado es más “ornamental que funcional” DAMAŠKA (1997) pp. 126-129. Cabe notar que en Inglaterra, por ejemplo, se conserva un derecho al jurado en casos de daños personales “solo en circunstancias excepcionales, como aquellas en que existe una disputa sustancial acerca de los hechos”, *WARD V. JAMES* (1966) 1 QB 273, CA, citado en INGMAN (2008) pp. 302-306 (destacado añadido).

<sup>63</sup> GEEROMS (2003) pp. 13-14.

<sup>64</sup> TARUFFO (2002) pp. 214-217, 293-296.

<sup>65</sup> WRÓBLEWSKI (1973) pp. 262-268.

<sup>66</sup> SCHAUER (1991) pp. 81-86: “El predicado fáctico de una regla consiste en una generalización percibida como causalmente relevante respecto de alguna meta que se persigue o de algún mal que se busca evitar. La prescripción de esa meta o la proscripción de ese mal constituyen la justificación que determina qué generalización conformará el predicado fáctico de la regla”.

tidos” a que alude la ley chilena; la versión local de lo que en la práctica angloamericana se llaman *material facts* o *facts in issue*<sup>67</sup>, o lo que John Henry Wigmore denominó *penultimata probanda*, y que consideró una categoría imprescindible para el análisis judicial por una razón bastante simple, aplicable a toda práctica jurídica: porque “la mente es incapaz de yuxtaponer conscientemente un gran número de ideas”<sup>68</sup>.

Ahora bien, si el uso del enfoque orgánico es una explicación plausible a la desatenCIÓN sufrida por la resolución que recibe la causa a prueba, resta ofrecer una explicación de por qué, desde el propio enfoque de la prueba, este debate ha sido igualmente olvidado. Esta explicación ya fue deslizada y apunta al desmesurado énfasis del giro epistémico de la prueba judicial en la valoración de la evidencia en la sentencia definitiva. Con todo, la jurisprudencia chilena, a veces, ha resistido esta tentación y ha considerado el momento en que se forma el debate como un aspecto clave para la determinación de los hechos. Así ocurrió, por ejemplo, en *BADILLA CON PETRÓLEOS TRASANDINOS YPF S.A.*, un caso de responsabilidad por el daño moral que habría sufrido el actor al no poder arrendar cinco estacionamientos luego de las excavaciones que hizo la empresa demandada. La Corte de Concepción revocó la sentencia de primera instancia que había acogido la demanda debido a que “dio por establecidos hechos que estimó constitutivos de daño moral que no fueron propuestos, ni conocidos ni discutidos [...] Aparecieron dichos hechos al tiempo de recibirse la testimonial de la actora, prueba esta rendida sin la presencia de la demandada [...] Por todo ello la testimonial atinente al daño moral no puede ser considerada desde que no obedece a la base fáctica de la acción, por lo que la acción carece de base fáctica expresada; la demanda solo tiene denominación: «daño moral», y monto pedido. No se dice en qué consiste, como apunta la demandada en su contestación y alegato en la vista de la causa. Los hechos que deban servir de base a una demanda tienen que expresarse en ella”<sup>69</sup>.

Parafraseando a la Corte de Concepción, entonces, los hechos que deban servir de base al fallo tienen que expresarse en la resolución que recibe la causa a prueba y no solo en la sentencia definitiva. Otro acierto de este fallo, por lo demás, es su reproche a los escritos judiciales genéricos, en tanto censura al demandante por hablar de daño moral sin decir “en qué consiste”.

Por último, y aunque de un modo tosco, cabe notar que también la Corte Suprema ha tenido en cuenta esta dimensión del proceso en su Auto Acordado sobre la forma de las sentencias –vigente desde 1920–, al exigir que el fallo consigne “con precisión los hechos sobre que versa la cuestión que debe fallarse, con distinción de los que hayan sido aceptados o reconocidos por las partes y de aquellos respecto de los cuales haya versado la discusión” (Nº 5). El problema, en mi opinión, es que la propia Corte Suprema ayudó a lo largo del siglo XX a deformar el análisis de este problema, con sentencias como las que siguen: (i) “El establecimiento material de los hechos, que es lo que constituye la cuestión de

<sup>67</sup> ANDERSON, SCHUM y TWINING (2005) p. 448.

<sup>68</sup> WIGMORE (1913) pp. 79, 81, 90.

<sup>69</sup> *BADILLA CON PETRÓLEOS TRASANDINOS YPF S.A* (2007): Corte de Apelaciones de Concepción, 23 julio 2007, Rol N° 926-2007, cons. 5º, LegalPublishing N° 36782 (redacción de la Ministra Isaura Quintana).

hecho del pleito, se traduce en la práctica en la valoración de la prueba”<sup>70</sup>; (ii) la distinción entre el derecho como algo que le corresponde al juez y los hechos como lo que define el trabajo de las partes es un “axioma jurídico, que como tal no requiere demostración”<sup>71</sup>; o bien, (iii) que “no puede pretenderse que sean puntos controvertidos las alegaciones, razonamientos o peticiones incidentales de las partes que no invisten jurídicamente el carácter de acción o excepción”<sup>72</sup>. En otras palabras, la Corte Suprema también ha caído en el error de (i) concentrar los análisis de la prueba únicamente en la valoración de la evidencia, (ii) no considerar la convergencia entre temas fácticos y normativos como algo que moldea el reparto de roles entre jueces y abogados, y (iii) encorsetar las discrepancias que puede tener el demandado con el actor en una distinción rígida entre defensa y excepción<sup>73</sup>.

### 3.1. EL ‘IR Y VENIR DE LA MIRADA’ ENTRE EL HECHO Y LA NORMA

Para finalizar cabe advertir que esta búsqueda de una convergencia entre hechos principales y probatorios no supone una concesión a la falacia naturalista, puesto que no se apela a una “fuerza normativa de lo fáctico”<sup>74</sup>. No se trata que el juez determine lo que debe ser el caso a partir de lo que es el caso. Por el contrario, “el ‘ir y venir de la mirada’ entre el hecho y la norma jurídica no debe imaginarse como si el que contempla variara solo la dirección de su mirada; más bien se trata de un proceso de pensamiento en cuyo curso el ‘hecho bruto’ será transformado en un hecho definitivo (en cuanto enunciado) y el texto de la norma (en cierto modo, la norma en estado bruto) en la norma suficientemente concretizada para el enjuiciamiento de este hecho”<sup>75</sup>.

La necesidad de proceder de esta forma ha sido observada por las mejores aproximaciones a la prueba judicial<sup>76</sup>. Entre estos análisis se destaca el trabajo de Michele Taruffo, quien asume –con un prisma analítico– que una decisión tomada en base a normas jurídicas supone que los hechos principales que motivan el fallo son hechos institucionales, mientras que las circunstancias que fueron demostradas a lo largo del juicio son “meros

<sup>70</sup> Corte Suprema, 22 junio 1966, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. LVIII, sección 1<sup>a</sup>, 129 citada en SALGADO (1979) p. 33.

<sup>71</sup> Corte Suprema, 11 agosto 1965, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. LXII, sección 1<sup>a</sup>, 272 citada en HUNTER (2012) p. 202 (n. 16).

<sup>72</sup> Corte Suprema, 26 marzo 1966, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. LXIII, sec. 1<sup>a</sup>, 66 citada en RIOSECO (1995) Tomo I, N° 185, p. 112.

<sup>73</sup> Esta última idea afirma que la teoría del caso del demandado solo se expresa en excepciones y es un lugar común en la jurisprudencia chilena. Por ejemplo: “la excepción involucra la formulación de cualquier hecho jurídico que afecte ora el ejercicio de la acción (excepciones dilatorias) ora su vida misma (excepciones perentorias). Un acto de defensa que constituye la negación del derecho del actor no importa una excepción en el sentido legal. Negar una acción no significa operar una excepción”, Corte Suprema, 24 septiembre 1948, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. XLVIII, sec. 1<sup>a</sup>, 293 citada en RIOSECO (1995), Tomo I, N° 188, p. 113.

<sup>74</sup> GARZÓN VALDÉS (1970) p. 55.

<sup>75</sup> LARENZ (1960) pp. 200-203, 275.

<sup>76</sup> Por ejemplo: HO (2008) pp. 7-10. También es lo que sugiere María Victoria Berzosa en su estudio sobre el objeto del proceso, cuando indica que “el proceso es algo vital [porque] traslada ante el órgano jurisdiccional un trozo de vida real y por ello no siempre puede verse «lo que se pide» y «los hechos» que delimitan esta petición como elementos aislables y aislados, sino como un todo conjunto” BERZOSA (1984) p. 16.

«hechos probatorios» [que] no necesariamente están «cargados» de derecho<sup>77</sup>. Para Taruffo, “el derecho define y selecciona los hechos que pueden ser considerados «en litigio» [aunque ello] no implica que los «hechos brutos» no puedan llegar a considerarse en el contexto judicial [ya que] a veces los hechos brutos son significativos en la toma de decisiones”<sup>78</sup>.

En este último alcance de su explicación se denota un giro hacia el prisma hermenéutico, cuando reconoce que “los hechos brutos son significativos en la toma de decisiones”, no solo porque los “hechos brutos” –o sea, aquellos que “no necesariamente están «cargados» de derecho”– son los que permiten dar por establecidos los hechos principales en un juicio, sino porque en la práctica –y esto es lo relevante– “la distinción elemental entre hecho principal y hecho secundario entra en crisis”<sup>79</sup>. Así, concluye Taruffo, “en un cierto sentido, se puede decir que el conjunto indeterminado y residual de las circunstancias irrelevantes es, en realidad, una especie de «reserva de hechos» potencialmente relevantes, a la que se puede recurrir (o que, en cualquier caso, entra en juego) en el momento en que se da un cambio en el criterio de relevancia, es decir, en la norma que se usa como sistema de referencia para el análisis del caso concreto”<sup>80</sup>.

El desafío, entonces, es hacer frente a la crisis de una distinción que tiene rendimiento para los fines que persigue el proceso judicial, abordando en un momento temprano del juicio la pregunta acerca de cuál es la reserva de hechos que se considerará relevante al decidir el caso, sin perjuicio que esa reserva varíe si se aplica la regla del “hecho nuevo”.

Esta labor puede entenderse como una parte importante de la “función de esclarecimiento” del juez, en los términos en que tradicionalmente la justicia civil alemana la ha contemplado, según Rolf Stürner<sup>81</sup>. Lo que el juez debe aclarar, de acuerdo con Lon Fuller, es cómo lo “que comienza como un hecho probatorio puede gradualmente devenir, por medio de la aplicación explícita o implícita de presunciones, en un hecho dispositivo”<sup>82</sup>.

En Chile, esta es una cuestión que hasta la fecha solo ha sido vista desde el prisma del demandante y, además, bajo una cierta lectura del principio dispositivo. Iván Hunter, por ejemplo, ha usado el esquema que conceptualmente distingue entre introducir, indicar y alegar hechos para sostener lo que sigue: (i) la introducción supone que el demandante incluye un hecho en el juicio de un modo “accidental”, “no consciente” (por ejemplo, acompaña un documento para probar el dominio de unas acciones, dando de paso información acerca de la fecha en que se constituyó una sociedad); (ii) la indicación, en tanto, se refiere a un hecho que es conscientemente llevado a juicio, pero sin una valoración jurídica específica; y (iii) la alegación del hecho, en cambio, alude a aquellas circunstancias que de forma consciente y acompañada de una calificación normativa son llevadas a juicio. Esta clasificación, según Hunter, “marca el límite de la acción del juez” en el siguiente sentido: el juez debe restringirse solo a los hechos alegados porque el principio dispositivo estaría

<sup>77</sup> TARUFFO (1992) pp. 119-128.

<sup>78</sup> TARUFFO (2008) p. 17.

<sup>79</sup> TARUFFO (1992) p. 126.

<sup>80</sup> TARUFFO (1992) p. 124.

<sup>81</sup> STÜRNER (1981).

<sup>82</sup> FULLER (1966) p. 1615.

constituido únicamente por actos de alegación<sup>83</sup>. Al tenor de este argumento, según Hunter, “hay una clara prohibición para que el órgano jurisdiccional pueda extraer consecuencias jurídicas de los datos fácticos introducidos conscientemente sobre los que el litigante, como titular del derecho subjetivo, no manifiesta su voluntad colocarlos (sic) como base de una decisión jurisdiccional”<sup>84</sup>.

Por mi parte, creo que es indudable la necesidad de afinar los nexos entre el principio dispositivo y las narraciones de las partes como actos complejos (dado que incluyen hechos y valoraciones normativas), pero hay dos observaciones que hacer al respecto: (i) Se debe justificar si este análisis se hará en base a una concepción del principio dispositivo en términos de propiedad privada, o bien, a una concepción ciudadana del mismo<sup>85</sup>; y (ii) hay que considerar la enorme dificultad que implicaría para un juez distinguir de forma razonable, en la práctica, entre hechos introducidos, indicados y alegados de manera consciente o inconsciente por las partes.

La propuesta de este artículo, precisamente, es ampliar el debate hacia el punto de vista del juez y valorar al enfoque hermenéutico, por sobre los esquemas conceptuales, como un tipo de razonamiento que permite lidiar con la crisis de los hechos principales y probatorios al recibir la causa a prueba.

## CONCLUSIONES

El contenido de la resolución que recibe la causa a prueba está directamente vinculado con el objeto del proceso. La fórmula que usa la justicia civil chilena –“hechos sustanciales controvertidos”– es una síntesis de lo que tradicionalmente se conoció como *thema decidendum* (el asunto a decidir) y *thema probandum* (el asunto a probar). En este trabajo se propuso analizar esa síntesis a la luz de la distinción entre hechos principales y probatorios.

La conclusión central es que un juez debe emplear un razonamiento hermenéutico, más que analítico, al justificar la convergencia entre ambas clases de hechos. El ejemplo usado fue uno de responsabilidad civil, pero el argumento puede ampliarse a otra clase de conflictos.

Otras conclusiones que arroja el trabajo en relación al mismo tema son las siguientes:

1) Los escritos de los litigantes no deben ser genéricos en cuanto a la imagen de los hechos que comunican sus teorías del caso. Las ideas de Hohfeld y Larenz al respecto juegan a favor de un sistema procesal que imponga algunas exigencias a la demanda y a su contestación. Por ejemplo, escritos con afirmaciones numeradas, que se limi-

<sup>83</sup> HUNTER (2010) pp. 168-169.

<sup>84</sup> “Se genera una vinculación para el juez en el sentido que no puede considerar en la sentencia como jurídicamente relevantes a otros hechos que aquellos que las partes consideran que son el presupuesto para la verificación de los efectos jurídicos previstos en la norma” HUNTER (2010) p. 170.

<sup>85</sup> Una concepción ciudadana del principio dispositivo puede remontarse al modo en que Wilhelm von Humboldt entendió los límites de la acción del Estado en el plano judicial: “La seguridad de los ciudadanos en la sociedad descansa, sobre todo, en la renuncia a tomarse la justicia por su cuenta y en delegarla en el Estado. En virtud de esta delegación, el Estado adquiere la obligación de ejecutar, en adelante, para los ciudadanos, lo que ellos mismos ya no deben ejecutar, y, por consiguiente, la obligación de decidir el derecho en caso de litigio entre ellos y proteger el derecho de quien lo tenga de su parte”, HUMBOLDT (1792) pp. 143-144.

ten en la medida de lo posible a un conjunto específico de circunstancias y que permitan al juez identificar una conclusión lógica de cada uno de los enunciados. Esto supondría una aplicación concreta de la propuesta del PCPC 2012 en cuanto a que los actos procesales deben ser “lícitos, pertinentes y útiles” (art. 62);

2) Los hechos de la resolución que recibe la causa a prueba deben ser acotados en cuanto a su número y sintéticos –ni genéricos, ni pedestres– en cuanto a su contenido;

3) El uso de un enfoque exclusivamente orgánico o estructural a la hora de distinguir entre cuestiones de hecho y de derecho podría explicar la desatención que se observa en torno a la *quaestio facti* en la cultura jurídica chilena, a pesar de la enorme importancia práctica que tiene esa resolución;

4) La jurisprudencia de la Corte Suprema también ha contribuido a desatender al análisis de los “hechos sustanciales controvertidos” al concentrar los problemas de la prueba en la etapa de valoración, instalar un muro divisorio en torno al reparto de roles entre abogados y juez en relación a los hechos y al derecho, y limitar las posibilidad de desacuerdo del demandado en cuanto a los hechos –algo que fuera destacado por los escépticos– mediante una distinción rígida entre excepciones y defensas;

5) El análisis de lo que está en tela de juicio exige asumir una postura en torno al principio dispositivo, dado que los márgenes de acción de juez son diferentes si ese principio se concibe en clave de propiedad privada o de ciudadanía.

Para el punto de vista analítico, el juez lee la demanda y la contestación como dos historias que narran hechos a la luz de un cierto trasfondo institucional, con el ánimo de distinguir las aseveraciones jurídicas de las fácticas, asumiendo que las primeras adelantan una pretensión de validez (requieren de buenos argumentos a su favor), mientras que las segundas contienen una pretensión de verdad (precisan de evidencias que las corroboren o refuten). Si bien esto es correcto, lo que ocurre en la práctica es que ambas categorías entran en crisis, dado que eventualmente cualquier hecho puede pasar de probatorio (o secundario) a principal (o sustancial), por lo que el juez debe abordar esa crisis en una etapa relativamente temprana del proceso, y ese momento es aquel en que recibe la causa a prueba.

Por cierto, lo que se propuso respecto al rol del juez es que asuma una forma de razonamiento frente a este problema. No se ha planteado, pero tampoco se ha negado, que sea necesario un cambio legal en cuanto a sus atribuciones, porque la cultura judicial no está hecha solo de leyes.

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ANDERSON, Terence, SCHUM, David y TWINING, William (2015): *Análisis de la prueba* (Trad. Daniela Accatino, Claudio Agüero, Federico Arena, Flavia Carbonell, Rodrigo Coloma, Juan Pablo Fassnidge y Jorge Larrouau, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo).
- ANSCOMBE, Gertrude Elizabeth. (2015): “Sobre hechos brutos” (Trad. Jorge Larrouau Torres), *Revista de Derecho de la Universidad Austral*, vol. 28, N° 2: pp. 47-50.
- ATRIA, Fernando (2002): “The Power of Application”, *Ratio Juris*, vol. 15, N° 4: pp. 347-376.

- BARROS, Enrique (2006): *Tratado de responsabilidad extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- BENTHAM, Jeremy (1825): *Tratado de las pruebas judiciales*, obra compilada de los manuscritos del autor por E. Dumont (trad. del francés por Manuel Ossorio Florit, Editorial Comares, Granada).
- BERZOSA, Mª Victoria (1984): *Demanda, «causa petendi» y objeto del proceso* (Córdoba, Ediciones El Almendro)
- BORDALÍ, Andrés, CORTEZ, Gonzalo y PALOMO, Diego (2013): *Proceso civil. El juicio ordinario de mayor cuantía* (Santiago de Chile, Thomson Reuters).
- CAHN, Edmond (1957): “Jerome Frank’s Fact-Skepticism and Our Future”, *The Yale Law Journal*, 66: pp. 824-832.
- CANE, Peter (1993): *Atiyah’s Accidents, Compensation and the Law* (London, Dublin, Edinburgh, Butterworths, 5ª Edición).
- CHOO, Andrew L-T (2009): *Evidence* (Oxford University Press, 2ª Edición).
- COLOMA, Rodrigo (2002): “Enetenetu capenanenu...: enunciados fácticos en la base de las decisiones judiciales”, *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, N° 20: pp. 551-557.
- DAMAŠKA, Mirjan (1975): “Presentation of Evidence and Factfinding Precision”, *University of Pennsylvania Law Review*, 123: pp. 1083-1106.
- DAMAŠKA, Mirjan (1986): *Las caras de la justicia y el poder del estado. Análisis comparado del proceso legal* (trad. de Andrea Morales, Editorial Jurídica de Chile, Santiago).
- DAMAŠKA, Mirjan (1997): *Evidence Law Adrift* (New Haven Yale, University Press).
- DAMAŠKA, Mirjan (2003): “Epistemology and Legal Regulation of the Proof”, *Law, Probabilities & Risk*, II, Yale Law School, Public Law Working Paper, N° 103: pp. 117-130.
- DE LA OLIVA, Andrés (2005): *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil* (Madrid, Thomson Civitas).
- DEL RÍO, Carlos (2008): “Deber de congruencia (*rectius*, correlación) de la sentencia penal y objeto del proceso: Un problema no resuelto en la ley e insoluble para la jurisprudencia chilena”, *Ius et Praxis*, vol. 14, N° 2: pp. 85-125.
- DÍAZ CABIALE, José Antonio (1996): *Principios de aportación de parte y acusatorio: La imparcialidad del juez* (Granada, Comares).
- DÍEZ DUARTE, Raúl (1997): *De la prueba del contrato. Estructura civil y procesal* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- DIEZ SCHWERTER, José Luis (2007): “Reparación y prevención de daños derivados de deficiencias viales en Chile: panorama normativo y jurisprudencial”, *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, N° 221-222: pp. 71-98.
- FRANK, Jerome (1951): *Derecho e incertidumbre* (Trad. de Carlos Bidegain, México DF, Fontamara, 2ª Edición).
- FULLER, Lon (1966): “An Afterword: Science and the Judicial Process”, *Harvard Law Review*, 79: pp. 1604-1628.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto (1970): “La naturaleza de la cosa”, en: GARZÓN VALDÉS, Ernesto, *Derecho, ética y política* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales) pp. 35-72.
- GEEROMS, Sofie (2003): *Foreign Law in Civil Litigation. A Comparative and Functional Analysis* (Oxford Private International Law Series, Oxford University Press).

- GUASP, Jaime (1943): *Juez y hechos en el proceso civil. Una crítica del derecho de disposición de las partes sobre el material de hecho del proceso* (Barcelona, Bosch).
- HERNÁNDEZ, Rafael (2005): *Las obligaciones básicas de los jueces* (Madrid-Barcelona, Marcial Pons).
- HO, Hock Lai (2008): *A Philosophy of Evidence Law. Justice in the Search for Truth* (Oxford Monographs on Criminal Law, Oxford University Press).
- HOHFELD, Wesley Newcomb (1913): *Conceptos jurídicos fundamentales* (Trad. Genaro Carrío, Puebla, Fontamara, 2<sup>a</sup> Edición).
- HOLDCROFT, David (1983), “Relevance in Legal Proof”, en: TWINING, William (edit.), *Fact in Law* (Wiesbaden, Association for Legal and Social Philosophy) pp. 127-144.
- HUNTER, Iván (2015): *La aplicación judicial del derecho en el proceso civil. Doctrina, jurisprudencia y derecho comparado* (Santiago de Chile, Thomson Reuters).
- HUNTER, Iván (2013): “«Iura novit curia» y el Proyecto de Código Procesal Civil: ¿Para qué sirve definir los poderes del juez en la aplicación del derecho?”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XL: pp. 601-640.
- HUNTER, Iván (2012): “La aplicación judicial del derecho en el Proyecto de Código Procesal Civil”, *Revista de Derecho de la Universidad Austral*, XXV, N° 1: pp. 195-223.
- HUNTER, Iván (2010): “El principio dispositivo y los poderes del juez”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXV: pp. 149-188.
- HUMBOLDT, Wilhelm von (2009): *Los límites de la acción del Estado* (Traducc. Joaquín Abeillán, Madrid, Tecnos, 2<sup>a</sup> Edición).
- INGMAN, Terence (2008): *The English Legal Process* (Oxford University Press, 12<sup>a</sup> Edición).
- KAUFMANN, Arthur (1965): *Analogía y “naturaleza de la cosa”. Hacia una teoría de la comprensión jurídica* (Trad. Enrique Barros Bourie, Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- LARENZ, Karl (1994): *Metodología de la ciencia del derecho* (Traducc. de Marcelino Rodríguez Molinero, Barcelona, Ariel).
- LARROUCAU, Jorge (2013): “La prueba del menoscabo en la justicia de familia”, en: DOMÍNGUEZ, Carmen; GONZÁLEZ, Joel; BARRIENTOS, Marcelo y GOLDENBERG, Juan Luis (Coord), *Estudios de Derecho Civil VIII* (Santiago de Chile, Thomson Reuters) pp. 73-91.
- LARROUCAU, Jorge (2012a): “Por un estándar amplio de admisibilidad de pruebas en la justicia civil” en *Actas del Congreso Internacional de Derecho. En homenaje al Centenario de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso*, Tomo IV (Valparaíso, EDEVAL) pp. 185-218.
- LARROUCAU, Jorge (2012b): “La opción de responsabilidad civil como un acertijo procesal”, en ELORRIAGA DE BONIS, Fabián (coord.) *Estudios de Derecho Civil VII* (Santiago de Chile, AbeledoPerrot) pp. 461-479.
- MACCORMICK, Neil (1978): “The Motivation of Judgments in Common Law”, en: PERELMAN, Ch. y FOIERS, P. (coords.), *La motivation des décisions de justice* (Bruselas, Travaux du Centre Nationale de Recherches de Loguique) pp. 167-194.
- MATHEUS, Carlos (2003): “Reflexiones en torno a la función y objeto de la prueba”, *Revista de Derecho de la Universidad Austral*, vol. 14: pp. 175-186.

- MUÑOZ, Fernando (2014): “No a ‘separados pero iguales’ en Chile: Un análisis del derecho antidiscriminación chileno a partir de su primera sentencia”, *Estudios Constitucionales*, 11, N° 2: pp. 201-228.
- NÚÑEZ, Raúl y PÉREZ RAGONE, Álvaro (2014): *Manual de Derecho Procesal Civil. Proceso ordinario de mayor cuantía* (Santiago de Chile, Thomson Reuters).
- PAILLÁS, Enrique (2002): *Estudios de derecho probatorio* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición)
- PALOMO, Diego (2005): “La audiencia previa y el modelo procesal civil oral: consideraciones en torno a una pieza procesal clave”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 32, N° 2: pp. 277-297.
- PEÑAILILLO, Daniel (1989): *La prueba en materia sustantiva civil. Parte general* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- REYES, Sebastián (2016): “Jerome Frank: Realismo jurídico estadounidense y los hechos en el derecho”, *Eunomía. Revista en cultura de la legalidad*, N° 10: pp. 265-293.
- RIOSECO, Emilio (1995): *La prueba ante la jurisprudencia. Derecho civil y procesal civil*, Tomo I (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 3<sup>a</sup> Edición)
- RODRÍGUEZ, Pablo (2013): “Reforma procesal civil. Errores e inviabilidad”, *Actualidad Jurídica Universidad del Desarrollo*, N° 27: pp. 7-23.
- ROZAS, Fernando (1982): “La prueba”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 9, N° 1: pp. 91-109.
- SALGADO, Liliana (1979): *La prueba: Objeto, carga y apreciación. Comentarios de jurisprudencia* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- SCHAUER, Frederick (2004): *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en regla en el derecho y en la vida cotidiana* (Trad. de Claudina Orunesu y Jorge L. Rodríguez, Madrid-Barcelona, Marcial Pons).
- STEIN, Alex (1996): “The Refoundation of Evidence Law”, *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, 9: pp. 279-342.
- STÜRNER, Rolf (2010): *La aclaración judicial en el proceso civil* (Trad. de Rodrigo Kaufmann, Tesis de Licenciatura, Universidad de Chile; Dirección de Raúl Núñez y Cristián Matu-rana).
- TAPIA, Isabel (1999): “Sujetos y objeto del proceso civil”, *Anuario Jurídico de La Rioja*, N° 5: pp. 13-66.
- TARUFFO, Michele (2008): *La prueba* (Traduc. de Laura Manríquez y Jordi Ferrer, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons).
- TARUFFO, Michele (2002): *Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil* (Traducc. de Beatriz Quintero, Bogotá, Temis, 2006).
- TARUFFO, Michele (1992): *La prueba de los hechos* (Traducc. de Jordi Ferrer, Madrid, Trotta, 2002).
- THORNBURG, Elizabeth (2009): “Law, Facts and Power”, *Penn State Law Review*, vol. 114: pp. 1-12.
- TWINING, William (2006): *Rethinking Evidence. Exploratory Essays* (Cambridge University Press, 2<sup>a</sup> Edición).

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO (2013): “Anteproyecto de Reforma del Código de Procedimiento Civil”. Facultad de Derecho.

VARGA, Csaba (1995): *Theory of the Judicial Process. The Establishment of Facts* (Budapest, Akadémiai Kiadó).

WIGMORE, John Henry (1913): “The Problem of Proof”, *Illinois Law Review*, 8, N° 2: pp: 77-103.

WRÓBLEWSKI, Jerzy (1981): “La prueba jurídica: Axiología, lógica y argumentación”, en: Jerzy Wróblewski, *Sentido y hecho en el derecho* (Traducc. de Francisco Javier Ezquiaga y Juan Igartua, México D. F., Fontamara, 2001, Reimpresión 2008) pp. 231-258.

WRÓBLEWSKI, Jerzy (2001): “Los hechos en el derecho”, en WRÓBLEWSKI, Jerzy, *Sentido y hecho en el derecho* (Traduc. Francisco Javier Ezquiaga y Juan Igartua, México D. F., Fontamara, Reimpresión 2008) pp. 259-277.

ZUCKERMAN, Adrian (1986): “Law, Fact or Justice?”, *Boston University Law Review*, 66: pp. 487-508.

## NORMAS CITADAS

Auto Acordado de la Corte Suprema de 1920, Sobre la forma de las sentencias.

Código Civil de 1857.

Código de Procedimiento Civil de 1903.

Código de Processo Civil brasileño de 2015.

Código del Trabajo de 2003.

DECRETO N° 900 del Ministerio de Obras Públicas del 31 de octubre de 1996, Ley de concesiones de obras públicas.

Federal Rules of Civil Procedure estadounidenses de 1938/2007.

Ley de Enjuiciamiento Civil española de 2000.

LEY N° 18.290 del 23 de enero de 1984, Ley de tránsito.

LEY N° 19.496 del 07 de febrero de 1997, Establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores.

LEY N° 19.968 del 30 de agosto de 2004, Crea los tribunales de familia.

Principles of Transnacional Civil Procedure de UNIDROIT de 2004.

Proyecto de Código Procesal Civil de 2009 (Boletín N° 6567-07).

Proyecto de Código Procesal Civil de (2012): Boletín N° 8197-07.

Zivilprozessordnung (2002): traducción de Juan Carlos Ortiz y Álvaro Pérez Ragone, Konrad Adenauer Stiftung, Programa Estado de Derecho para Sudamérica, Montevideo, 2006.

## JURISPRUDENCIA CITADA

(1904): Corte de Apelaciones de Santiago, 6 de agosto de 1904, *Revista de Derecho y Jurisprudencia* (1904), T I, sección. 2<sup>a</sup>, p. 508.

(1927): Corte de Apelaciones de Santiago (1927), *Gaceta de los Tribunales*, N° 164, p. 700.

- (1948): Corte Suprema, 24 de septiembre de 1948, *Revista de Derecho y Jurisprudencia* (1948), T. XLVIII, sec. 1<sup>a</sup>, p. 293.
- (1964): Corte de Apelaciones de Santiago, 15 de octubre de 1964, *Revista de Derecho y Jurisprudencia* (1964), T. LXIII, sec. 2<sup>a</sup>, p. 10.
- (1965): Corte Suprema, 11 de agosto de 1965, *Revista de Derecho y Jurisprudencia* (1965), T. LXII, sección 1<sup>a</sup>, p. 272.
- (1966): Corte Suprema, 26 de marzo de 1966, *Revista de Derecho y Jurisprudencia* (1966), T. LXIII, sec. 1<sup>a</sup>, p. 66.
- (1966): Corte Suprema, 22 de junio de 1966, *Revista de Derecho y Jurisprudencia* (1966), T. LVIII, sección 1<sup>a</sup>, p. 129.
- WARD V. JAMES* (1966): 1 QB 273, CA., Ingman, Terence (2008): *The English Legal Process* (Oxford University Press, 12<sup>a</sup> Edición), pp. 302-306.
- BADILLA CON PETRÓLEOS TRASANDINOS YPF S.A* (2007): Corte de Apelaciones de Concepción, 23 de julio de 2007, Rol N° 926-2007, [www.poderjudicial.cl](http://www.poderjudicial.cl).
- ZAPATA CON SOCIEDAD COMERCIAL MARTÍN LIMITADA* (2012): Tercer Juzgado Civil de Santiago, 5 de diciembre de 2012, Rol N° 17314-2012, [www.poderjudicial.cl](http://www.poderjudicial.cl).