



Ius et Praxis

ISSN: 0717-2877

revista-praxis@utalca.cl

Universidad de Talca

Chile

Hunter Ampuero, Iván
EL PODER DEL JUEZ PARA RECHAZAR IN LIMINE LA DEMANDA POR MANIFIESTA FALTA DE
FUNDAMENTO

Ius et Praxis, vol. 15, núm. 2, 2009, pp. 117-163

Universidad de Talca

Talca, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19716408005>

- 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

EL PODER DEL JUEZ PARA RECHAZAR *IN LIMINE* LA DEMANDA POR MANIFIESTA FALTA DE FUNDAMENTO*

THE POWERS OF THE JUDGES MAY REFUSE A COMPLAINT *IN LIME* WHEN IT IS UNFOUNDED

Iván Hunter Ampuero**

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto indagar acerca del contenido y alcance de la potestad contenida en el Art. 18 N°1 del Proyecto de Código Procesal Civil, esto es, la posibilidad de que el juez rechace *in limine* una demanda cuando aparece manifiestamente infundada. El autor se hace cargo de dos problemas: en primer lugar, concretar el presupuesto que hace legítima la utilización del poder, esto es, precisar qué debe entenderse por una demanda que carece de fundamento, o que es lo mismo, cuándo una pretensión está manifiestamente infundada y; en segundo lugar, intentar resolver posibles cuestionamientos que puedan formularse a la legitimidad constitucional de la potestad, en especial, perfilar su compatibilidad (o falta de ella) con el derecho a la tutela judicial efectiva y el debido proceso.

ABSTRACT

This paper aims to investigate the content and scope of the legal authority contained in Article 18 Number 1 of the Civil Procedural Code project. This paper deals with the possibility that judges may refuse a complaint *in limine* when it is unfounded. The author addresses two issues: on the

* Recibido el 30 de septiembre y aprobado el 13 de noviembre de 2009.

** Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad Austral de Chile, Magíster en Derecho por la Universidad Austral de Chile. Doctorando en la Universidad Carlos III, Madrid, España. Profesor Derecho Procesal, Universidad Austral de Chile. Correo electrónico: ihunter@surnet.cl

one hand, it defines the necessary elements that allow the use or invocation of this power, that is, to define what is necessary for a complaint to be considered unfounded; on the other hand, it addresses questions pertaining to the constitutional legitimacy of the power, specifically, its compatibility (or lack of) with respect to the effective protection of the law and due process.

PALABRAS CLAVES

rechazo *in limine*, poderes del juez, pretensión infundada

KEY-WORDS

refuse *in limine*, powers of the civil judge, complaint unfounded

1.- Introducción

Todo proceso de reforma debería cimentarse en una conjugación entre aquellos conceptos e instituciones de probado arraigo, y aquellos que importan verdaderas innovaciones en el sistema procesal concreto. Es precisamente este enlace el que se viene procurando en la reforma al Proceso Civil chileno, que junto con conservar vetustas instituciones de probada eficacia procesal –como la preclusión– suma otras apenas conocidas en el derecho procesal nacional –como el rechazo *in limine* de la demanda por manifiesta falta de fundamento–.

Una organización procesal basada en los ideales publicistas del siglo XX asume como necesaria la consagración de determinados poderes o potestades judiciales destinadas a satisfacer, junto a los derechos e intereses materiales, el interés general que se compromete con cada litigio. Ya superada la concepción liberal del proceso del siglo XIX, prácticamente todos los ordenamientos del orbe confían en el accionar oficioso del juez como una herramienta para la pronta, eficaz y cumplida administración de justicia. No se trata, por cierto, de repeler los poderes de las partes al mismo tiempo que se intensifican los del juez. Esta afirmación amén de equivocada desde el plano teórico no se asume como tal en ningún ordenamiento civil moderno y difícilmente podría resultar compatible con un proceso civil donde las garantías de las partes se encuentran, en su mayoría, constitucionalizadas. El caso chileno no es una excepción. La nueva disciplina propuesta para el proceso civil contiene varias disposiciones que otorgan al juez poderes para la dirección formal y material del proceso, y es en este cuadro donde se inserta la potestad del juez para rechazar *in limine*, sin previa sustanciación, la demanda.

En efecto, el Proyecto de Código Procesal Civil chileno (en adelante, PCPC) otorga al juez en el Art. 18 N° 1 una potestad –mal llamada facultad– para rechazar *in limine*

la demanda cuando fuere manifiestamente infundada. En el plano normativo esta potestad coincide plenamente con la introducida por la ley 20.086, de 15 de septiembre de 2008, que modifica la ley 19.968 que creó los Tribunales de Familia, que en el Art. 54-1 inciso 2º permite al juez rechazar *in limine* la demanda (“presentación” en los términos de la norma) cuando ésta fuere manifiestamente improcedente.

Ambas potestades carecen, al menos del modo en que están formuladas, de tradición en nuestro proceso civil y tienen un marcado carácter innovador que amerita ir perfilando su idea nuclear y despejando algunas dudas que doctrinariamente se han formulado a su legitimidad.

Las próximas líneas pretenden acercarse a dos cuestiones relacionadas a esta potestad: en primer lugar, concretar el presupuesto que hace legítima la utilización del poder, esto es, precisar qué debe entenderse por una demanda que carece de fundamento, o que es lo mismo, cuándo una pretensión está manifiestamente infundada y; en segundo lugar, intentar resolver posibles cuestionamientos que puedan formularse a la legitimidad constitucional de la potestad, en especial, perfilar su compatibilidad (o falta de ella) con el derecho a la tutela judicial efectiva y el debido proceso.

Como hipótesis general, y aunque parezca antinómico, parece razonable reconocer una interpretación amplia de esta potestad en cuanto a los supuestos donde resulta legítima aplicarla, pero al mismo tiempo, hacer estricto el cumplimiento de los requisitos necesarios para su utilización. En otras palabras, el juez tendrá más situaciones donde poder aplicar la potestad pero igualmente deberá observar de modo escrupuloso los presupuestos que la autorizan.

2.- Breve *excursus* sobre el rechazo *in limine* de la demanda en el ordenamiento jurídico nacional y comparado.

Si bien el rechazo liminar de la demanda no tiene un antecedente directo en nuestro derecho nacional, tampoco cabe negar la existencia de instituciones que se emparentan con esta potestad judicial. En efecto, no en pocas ocasiones los jueces chilenos han sido llamados a efectuar prematuramente un juicio de admisibilidad de una pretensión sobre la base de su fundamentación jurídica. Quizá el caso más paradigmático es la declaración de admisibilidad que se formula en el recurso de protección.¹ De acuerdo

¹ Hago presente que el ejemplo del recurso de protección es más bien relativo, referido solamente al tipo o clase de función que desempeñan los tribunales sobre el control del fondo en forma prematura. Por cierto, se deben reconocer las sustanciales y vitales divergencias que subyacen entre este arbitrio

al Auto Acordado de la Corte Suprema sobre tramitación del recurso de protección de garantías constitucionales, una Sala de la Corte de Apelaciones respectiva debe efectuar en cuenta un control de admisibilidad, debiendo declarar inadmisibile el recurso cuando *adolece de manifiesta falta de fundamento*.

Otro ejemplo sobre el control prematuro del fundamento de una pretensión se encuentra en el ámbito del proceso penal. Al respecto el Juez de Garantía puede declarar inadmisibile una querella criminal cuando *“los hechos expuestos en ella no fueren constitutivos de delito”* (Art. 114 letra c) del Código Procesal Penal). En esta hipótesis el juez efectúa un examen relativo de fundabilidad de la querella, limitado al encuadre de los elementos fácticos dentro del tipo penal respectivo. Aún cuando pudiera pensarse que se trata de un análisis relativo a las cuestiones fácticas, el juicio de admisibilidad es un juicio de contenido jurídico, es decir, de la posibilidad de subsumir bajo un tipo penal concreto los acontecimientos de hecho expuestos en la querella.

En el ámbito del proceso civil patrimonial no se observa la posibilidad de que el juez pueda y deba rechazar *ab initio* una demanda cuando carezca de total fundamento. El Art. 256 del Código de Procedimiento Civil lo faculta para no dar curso a la demanda cuando padezca de los requisitos previstos en cualquiera de los tres primeros numerales del Art. 254 del mismo cuerpo legal. En consecuencia, es la ocurrencia de defectos formales los autorizan al juez para negarse a dar trámite a una determinada pretensión, pero no las cuestiones que atañen al fondo del asunto, que sólo podrán verificarse al final del proceso con la sentencia definitiva.

Cabe precisar que esta potestad si bien es desconocida en el ámbito del Derecho Procesal nacional no ocurre lo mismo en el Derecho Comparado, especialmente, en los sistemas procesales de los países Latinoamericanos. España, Alemania e Italia – referentes obligados en el estudio del Derecho Comparado- no confieren al juez ninguna potestad para clausurar el proceso en su mismo inicio cuando la pretensión pareciere carecer de fundamento jurídico.

En España, la doctrina en general está de acuerdo en que el texto de la LEC 1/2000, faculta al juez a no admitir una demanda sólo en los casos expresamente previstos en la ley; estas hipótesis miran esencialmente a la falta de determinados presupuestos procesales o requisitos formales de la demanda, quedando, por ende, el fondo del

constitucional y el ejercicio del derecho de acción o el acceso a la jurisdicción. Por ende, valga el ejemplo tan solo para demostrar que nuestros jueces –al menos los de Corte de Apelaciones- no les resulta extraño lidiar con juicios preliminares sobre la fundabilidad de una determinada pretensión.

asunto imprejuizado.² Otra parte de la doctrina entiende que pueden darse casos, por cierto excepcionales, donde se debe reconocer al juez el poder para rechazar o inadmitir una demanda en la antesala del juicio.³ Se trataría de supuestos vinculados a situaciones jurídicas expresamente privadas de tutela por parte del ordenamiento o de intereses que de forma evidente carecen de amparo jurídico en un determinado ordenamiento. No obstante, esta misma doctrina sostiene que sólo una norma expresa puede conferir al juez un poder de tal naturaleza,⁴ y a falta de la misma, debe optarse por la admisión de toda pretensión jurídica. De la Oliva sostiene que la tradición jurídica española (se refiere a la LEC de 1855 y a la de 1881) es contraria a la inadmisión de una demanda a causa de aparecer manifiestamente infundadas, por lo que se prefiere el inconveniente de tramitar unos pocos procesos con peticiones claramente y *prima facie* infundadas, al riesgo de denegar la justicia si se permite a los jueces inadmitir pretensiones por su falta de fundamento *primo ictu oculi*.⁵ El riesgo de denegar justicia a quien pueda tener la razón es la piedra de tope de la institución y es la que justifica un estudio razonado para perfilar sus límites intrínsecos.

La realidad cambia rotundamente cuando se trata de analizar la dogmática procesal en algunos países latinoamericanos, en especial, de los que han adoptado la línea trazada por el Código Procesal Modelo para Iberoamérica⁶. Así, por ejemplo, el Código Procesal Civil del Perú de 1993, permite al juez en el Art. 427 declarar la improcedencia de la demanda cuando esta es manifiestamente improcedente, como también tipifica casos expresos de cuándo el juez debe proceder de esta forma.⁷ El

² Vid., entre otros: Gimeno Sendra, Vicente, 2007. *Derecho procesal civil*. Editorial Colex, segunda edición, Madrid, p. 307; Asencio Mellado, José María, 2000. *Derecho Procesal Civil. Primera parte*. Editorial Tirant lo Blanch, segunda edición, Valencia, p. 192; Cortes Domínguez, Valentín, 2004. *Derecho Procesal Civil. Parte General*, (con Moreno Catena, Víctor). Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 150 y 151.

³ Vid., Montero Aroca, Juan, 2001, *Derecho Jurisdiccional II*. Editorial Tirant lo Blanch, Tomo II, décima edición, Valencia, p. 191 y Ortells Ramos, Manuel, 2008. *Derecho Procesal Civil*. Editorial Thomson Aranzadi, octava edición, Navarra, p. 299.

⁴ *Ibidem*.

⁵ De la Oliva Santos, Andrés, 2005. *El objeto del proceso y la cosa juzgada en el proceso civil*. Civitas, Madrid, p. 49.

⁶ El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica fue el primer texto en enunciar la mal llamada "facultad" del tribunal para rechazar *in limine* la demanda. El referido cuerpo modelo señala: "Art. 33. (Facultades del Tribunal) El Tribunal está facultado: 1) para rechazar *in limine* la demanda, cuando ella fuere manifiestamente improponible..."

⁷ El Art. 427 del Código Procesal peruano señala: "Artículo 427.- Improcedencia de la demanda. El Juez declarará improcedente la demanda cuando: 1. El demandante carezca evidentemente de legitimidad para obrar; 2. El demandante carezca manifiestamente de interés para obrar; 3. Advierta la caducidad del derecho; 4. Carezca de competencia; 5. No exista conexión lógica entre los hechos y el petitorio; 6. El petitorio fuese jurídica o físicamente imposible; o 7. Contenga una indebida acumulación de pretensiones.

Si el Juez estimara que la demanda es manifiestamente improcedente, la declara así de plano expresando los fundamentos de su decisión y devolviendo los anexos.

Si la resolución que declara la improcedencia fuese apelada, el Juez pondrá en conocimiento del demandado el recurso interpuesto. La resolución superior que resuelva en definitiva la improcedencia, produce efectos para ambas partes."

Código General del Proceso uruguayo de 1993, de igual forma, en su Art. 119.1 faculta al tribunal para rechazar de plano la demanda cuando estimare que es manifiestamente improponible.⁸ Con idéntica fuerza el Art. 197 del Código de Procedimientos Civiles del Salvador confiere al juez el poder de rechazar la demanda cuando estimare que es manifiestamente improponible.⁹ En otros países, como Argentina, si bien no se reconoce de forma expresa esta potestad,¹⁰ tanto la jurisprudencia como la doctrina la han acogido bajo el amparo de la celeridad, economía procesal¹¹ y autoridad del juez en el proceso.¹²

3.- Contenido de la potestad de rechazar *in limine* la demanda

Corresponde ahora despejar la primera de las interrogantes: ¿qué debe entenderse por una demanda que carece de fundamento? La respuesta que se brinde a esta pregunta parece vital no sólo para la definición de los poderes del juez y, por añadidura, la determinación del contorno y límite de la potestad, sino también por la estrecha relación con la concepción que se tenga sobre el derecho de acción y el debido proceso. Con todo, sería muy presuntuoso pretender poner término a dichas disputas, misión que por cierto, no está en el horizonte de esta investigación.

Al respecto se debe partir, a mi juicio, de una idea básica: la atribución legislativa de una potestad judicial para controlar preliminarmente una demanda, cualquiera sea su alcance, fundamento y contenido, no puede constituir un instrumento

⁸ El Art. 119 del Código General del Proceso de Uruguay señala: “Artículo 119. - Contralor sobre la demanda. 119.1 Presentada una demanda en condiciones que no se ajusten a los artículos precedentes o a las disposiciones generales que establecen las formalidades para la comparecencia en proceso, el tribunal dispondrá que se subsanen los defectos en el plazo que se señale con apercibimiento de tenerla por no presentada.

119.2 Si el tribunal estimare que la demanda es manifiestamente improponible, la rechazará de plano, expresando los fundamentos de su decisión.

Si se interponen recursos contra la sentencia interlocutoria que rechaza la demanda por improponible, el tribunal dará conocimiento de la misma y otorgará traslado de los recursos al demandado.

La resolución final que recaiga en este último caso, tendrá eficacia para ambas partes.”

⁹ El Art. 197 del Código de Procedimientos Civiles del Salvador señala: “Art. 197.- Si al recibir el tribunal la demanda, estimare que es manifiestamente improponible, la rechazará, expresando los fundamentos de su decisión.”

¹⁰ El Art. 337 del Código Procesal de la Nación Argentina sólo se refiere a las hipótesis de incumplimiento de los presupuestos procesales o de algunos de los requisitos formales previstos para la demanda. Vid., Arazi, Roland. 2004. “La demanda y su contestación en el sistema de la ley 25.488”, *Revista de Derecho Procesal*, N°2, p. 45.

¹¹ Vid., entre otros: Berizonce, Roberto Omar. 2004. “Saneamiento del proceso, rechazo ‘in limine’ e improponibilidad objetiva de la demanda”, *Revista de Derecho Procesal*, N°2, pp. 82 y siguientes; Arazi, “La demanda”, cit. nota n. 10, p. 47; Peyrano, Jorge W., “Rechazo *in limine* de la demanda” en XIV *Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*. Universidad Nacional de La Plata, La Plata, 1994, p. 229.

¹² Vid., Peyrano, Jorge Walter, 1993. *El proceso atípico*. Editorial Universidad, Buenos Aires, pp. 52 y 53.

desmesurado que dificulte y entorpezca injustificadamente la pronta entrada en juicio. Por cierto que la interpretación que se haga de la potestad tampoco puede resolverse en una dicotomía que enfrenta a los poderes de control y desarrollo del juez, y el poder de los ciudadanos de promover la actividad jurisdiccional para la tutela de sus derechos e intereses legítimos. El filtro judicial *ab initio* del proceso, en la medida que sea llevado bajo los cauces que lo legitiman, no tiene porqué suponer un obstáculo al ejercicio de los derechos fundamentales. Por ende, todo exceso o celo en la aplicación de la potestad puede conllevar igualmente una privación injustificada de las garantías constitucionales de corte procesal. Ahí entonces la relevancia de determinar cuándo el juez puede y debe rechazar una demanda en la antesala del pleito.

3.1.- El control formal y material de la demanda.

Para lograr desentrañar adecuadamente esta pregunta resulta indispensable trazar ciertos parámetros que permitan delimitar el tipo o clase de poder que ejerce el juez frente a la interposición de una demanda. Al efecto me parece relevante distinguir, en primer término, entre lo que es un *control formal* de la demanda y, en segundo lugar, el *control material o de fondo*. Este último –que será objeto de esta indagación– puede ser objeto de una nueva parcelación tripartita. En primer lugar, el control sobre el interés que se busca proteger por medio de la pretensión deducida, esto es, sobre el interés *material invocado* por el actor como objeto de protección; en segundo lugar, el control en los casos donde el ordenamiento excluye de tutela de determinadas relaciones jurídicas y; en tercer lugar, un control sobre la fundabilidad de la pretensión, esto es, sobre la idoneidad de los hechos contenidos en la pretensión para formar, en abstracto, un juicio de acogimiento o prosperidad de la misma.

3.1.1.- Control formal de la demanda

Una vez deducida una determinada pretensión el juez no queda automáticamente conminado a pronunciarse sobre el fondo de la misma, como tampoco está en el deber de promover un proceso en forma íntegra. Como lo ha reconocido la doctrina, el derecho de acceso a la jurisdicción no tiene un carácter absoluto susceptible de ser satisfecho al margen de las condiciones o requisitos que impone el ordenamiento.¹³ En este sentido, se debe aceptar que el ordenamiento puede establecer ciertos presupuestos necesarios para nazca el deber del juez de pronunciarse sobre el fondo del asunto, prescribir cauces formales que los ciudadanos deben observar imperativamente si quieren la tutela de sus derechos e intereses legítimos. Es el caso,

¹³ Vid., González Pérez, Jesús, 1989. *El derecho a la tutela jurisdiccional*. Civitas, segunda edición, Madrid, p. 61, quien sigue muy de cerca lo sustentado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español.

por ejemplo, de los presupuestos procesales o la exigencia de ciertas formas necesarias que debe estar revestido al acto de demanda.

Por ende, el primer control que debe superar una determinada pretensión es respecto a su forma, es decir, el cumplimiento de todos los presupuestos legalmente previstos para que una demanda pueda ser admitida a trámite. El PCPC consagra en el Art. 231 los requisitos que deberá contener el escrito de demanda como acto que da inicio al proceso. Por su parte, en el Art. 236 precisa la potestad del juez para efectuar un control sobre los requisitos formales previstos en la ley. El resultado de este control puede ser positivo o negativo. Si es positivo, esto es, si el acto inicial del proceso reúne las previsiones legales formales se admitirá a trámite. Por el contrario, si el acto inicial no es apto para satisfacer las exigencias formales, el tribunal deberá conceder un plazo para su subsanación.

Este primer control se desarrolla de modo paralelo al control de los presupuestos procesales y constituyen juicios netamente formales que se generan *ex ante* a cualquier análisis sobre el fondo de la pretensión.¹⁴ Desde el punto de vista teórico, la potestad judicial de control formal *in limine* de la demanda está relacionada con el poder generalmente reconocido al juez de sanear o limpiar el proceso lo más pronto posible, para desembarazarlo de impedimentos y óbices formales, y facilitar el rápido y ordenado pasaje a las etapas vinculadas al mérito.¹⁵ En consecuencia, en este examen de admisibilidad operan de manera relevante e incluso excluyente un cúmulo de factores netamente procesales¹⁶ y, en consecuencia, no se está en presencia de un verdadero rechazo *in limine* de la demanda.

Salvo casos donde el juez pueda pecar de un excesivo celo en el control de los aspectos formales de la pretensión –que pudieran afectar el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción¹⁷–, este poder no plantea ni doctrinaria

¹⁴ Vid., Fairén Guillén, Víctor, “La demanda en el proceso civil español” en *Estudios de Derecho Procesal*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, pp. 448.

¹⁵ Vid., Berizonce, Roberto Omar, “La audiencia preliminar en el Código Procesal Civil modelo para Iberoamérica”, en *XIII Jornadas Iberoamericana de Derecho Procesal*, Universidad Autónoma de México, México, 1993, p. 452.

¹⁶ Vid., Fairén Guillén, Víctor, “La demanda”, cit. nota n. 14, p. 448.

¹⁷ Sobre el principio *pro actione* y la doctrina del antiformalismo en el Derecho Procesal, puede verse: Berizonce, Roberto Omar, “Principio *pro actione*, informalismo y exceso de ritual manifiesto (Doctrinas concordantes de los Tribunales Superiores españoles y argentinos)” en *El Tribunal Supremo, su doctrina legal y el recurso de casación, Estudios en Homenaje al profesor Almagro Nosete*, Iustel, Madrid, 2007, pp. 5 a 16. Este principio sirve como un criterio decisor frente a la duda interpretativa, conforme al cual el intérprete debe decantarse a favor del acceso a la jurisdicción cuando tenga dudas sobre la admisibilidad de una determinada pretensión. Además es un referente hermenéutico indispensable

ni jurisprudencialmente otras objeciones a su legitimidad. No son, por ende, objeto de este análisis más allá de aclarar su necesaria independencia respecto al control del fondo de la demanda.

3.1.2.- Control material de la demanda

El control material de la demanda constituye una de las instituciones más novedosas del PCPC. Y esta novedad no sería tal sino se reconociera recíprocamente el peligro de reducir al rango de cuestiones de mera admisibilidad valoraciones que atienden al fondo del pleito¹⁸; a ello se añade la reconocida capacidad sustancial de la sentencia que rechaza *in limine* la demanda para clausurar con vocación de perpetuidad una determinada relación jurídica.

En el desarrollo normal del *iter* procesal el juez no se relaciona con la procedencia de la pretensión sino una vez que el proceso ha concluido en sus etapas de alegación y prueba. Sólo en ese instante tendrá el material necesario para emitir un juicio jurídico sobre el acogimiento de la pretensión en base a los hechos y pruebas rendidas. Sin embargo, el control liminar de la demanda permite y obliga al juez a efectuar un juicio prematuro de *hipotética acogibilidad* de la pretensión¹⁹, que se manifiesta sin otro antecedente que la sola relación de la demanda. Como explica Redenti una vez comprobado por el juez la concurrencia de los presupuestos procesales corresponde

para fijar el contenido de las normas que limitan, restringen o establecen impedimentos para acceder al órgano jurisdiccional. Este criterio ha sido latamente desarrollado por el TC español en reiteradas sentencias. Así lo dijo, entre otras, la sentencia 166/2008, al afirmar que: "No en vano, ha señalado este Tribunal que el principio hermenéutico *pro actione* opera en el ámbito del acceso a la jurisdicción con especial intensidad, de manera que, si bien tal principio no obliga a la forzosa selección de la interpretación más favorable a la admisión de entre todas las posibles, sí proscribía aquellas decisiones de inadmisión que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que aquellas causas preservan y los intereses que sacrifican (STC 238/2002, de 9 de diciembre, FJ 4. Por todas, STC 182/2003, de 20 de octubre)."

¹⁸ Vid., en el mismo sentido: Verde, Giovanni, "Poteri del giudice e poteri delle parti" en *Un Codice Tipo di Procedura Civile per l' America Latina*, A cura de Schipani y Vaccarella, Cedam, Padova, 1990, pp. 183 y 184 (175-188). El error parte, a mi juicio, de entender que se trataría de una potestad saneadora, o mejor dicho, que se enriela dentro de los poderes reconocidos al juez para sanear el proceso de todo impedimento que obste la dictación de la sentencia final. El poder para rechazar *in limine* no tiene tal calidad, en la medida que sus efectos por medio de una sentencia fundada en derecho cierran o clausuran el proceso con capacidad de poner fin a toda controversia sobre la relación material. Sanear un proceso no es precisamente ponerle fin. Los poderes saneadores buscan destrabar el proceso de cuestiones formales que puedan impedir que el juez entre al fondo del asunto. Por lo dicho, los poderes saneadores deberían funcionar en una etapa anterior al poder del juez para rechazar *in limine* la demanda.

¹⁹ Vid., Mandrioli, Crisanto, 2005. *Corso de Diritto Processuale Civile*. G. Giappichelli Editore, Vol I., cuarta edición, Torino, p. 41.

efectuar un control de la proponibilidad o fundamento intrínseco de la acción tal como ha sido propuesta²⁰. A diferencia del control formal, el juicio de fundabilidad opera con elementos que corresponden al derecho material, con los preceptos sustanciales llamados a zanjar la litis en la sentencia definitiva.

Esta potestad tiene un carácter antinómico en cuanto a sus efectos: por un lado, el juicio de admisibilidad jurídica o de fundabilidad de la pretensión no tiene una vocación de permanencia, ni menos constituye una suerte de presunción de acogibilidad de la acción, en la medida que no origina un prejuzgamiento. Es condición necesaria del desarrollo del proceso pero no suficiente para la sentencia favorable. Tampoco genera en el actor una expectativa de sentencia favorable y, por consiguiente, no puede justificar un *fumus bonis iuris* para la decretación de una medida cautelar. O sea, el juez adelanta un juicio sobre el mérito que no tiene otro efecto que el permitir el normal desarrollo de la pretensión por los cauces del proceso. En cambio, el rechazo *in limine* de la demanda por falta de fundabilidad o por carecer de un interés tutelado por el ordenamiento, tiene efectos que se vinculan derechamente a la sustancialidad del objeto del juicio; la sentencia sella la controversia con fuerza de cosa juzgada material. En otras palabras, el verdadero poder del juez se manifiesta en toda su amplitud con el rechazo de la demanda *ab initio* que produce un verdadero efecto definitivo y total.

Cabe aclarar dos cuestiones: en primer término, que cuando se hace referencia a la demanda que carece de fundamento jurídico se está haciendo alusión a la pretensión, entendida ésta como “una declaración de voluntad por la cual una persona reclama de otra, ante un tercero supraordinado a ambas, un bien de la vida, formulando en torno a la misma una petición fundada...”²¹ Pero cuando hablo de fundamentación de la pretensión, no pretendo darle aquella significación especificada por Guasp, en el sentido de hacer alusión a aquella porción o parte de la realidad que identifica a la pretensión, sino más bien pretendo referirme a la motivación o, en palabras del mismo autor, a aquel requisito necesario para que la pretensión sea acogida.²²

4.- La pretensión manifiestamente infundada

Anteriormente di a conocer tres supuestos que podrían cuadrar en la fórmula legislativa “manifiestamente infundada”. Sin embargo, la cuestión no deja de generar dudas

²⁰ Cfr., Redenti, Enrico, 1949. *Diritto Processuale Civile*. Giuffrè Editore, Tomo I, Milán, p. 36.

²¹ Guasp, Jaime, 1985. *La pretensión procesal*. Editorial Civitas, Madrid, pp. 84 y 85.

²² *Ibid.*, p. 83.

interpretativas. En un sentido escrito una pretensión está infundada cuando carece de fundamentación jurídica o cuando la que contiene no sirve para acoger la pretensión. Esta idea preliminar es correcta, pero insatisfactoria, puesto que excluye una serie de hipótesis donde la pretensión no tiene ninguna posibilidad de ser acogida. Por esta razón, me inclino por efectuar una interpretación extensiva de la potestad judicial, capaz de abrigar pretensiones que no tienen ninguna opción de ser acogidas en el ordenamiento y, respecto de las cuales, no vale la pena desarrollar íntegramente un proceso.

Con el objeto de ir definiendo los contornos de la potestad judicial en análisis, a continuación expondré las situaciones donde resulta legítimo rechazar *in limine* una pretensión.

4.1.- Falta de un interés material susceptible de ser protegido:

De la multiplicidad de relaciones intersubjetivas que se suceden en el tráfico jurídico no todas encuentran un amparo por el Derecho. Existen relaciones jurídicas que se crean al margen de la legalidad y que el ordenamiento las priva de tutela jurídica por estar en pugna con el orden público o ser contrarias a la ley. Estas relaciones antijurídicas pueden perfectamente calzar dentro de la fórmula de manifiesta infundabilidad de una pretensión, cuando quien se dice titular de la misma busca en los órganos jurisdiccionales una tutela que entiende tener, pero que el Derecho no brinda.

En esta hipótesis cabe encuadrar los casos donde el objeto o la causa que conforma una determinada pretensión son ilícitos, o pugnan con la ley o las buenas costumbres²³, o bien una pretensión que se dirige a algo material o jurídicamente imposible.²⁴ Aquí, la tramitación completa de un proceso que se sabe infecundo, en cuanto necesariamente terminará con una sentencia desfavorable para el demandante, no se justifica. Pienso, por ejemplo, el caso donde se pida el cobro de una deuda contraída en un juego de azar, supuesto expresamente sancionado con objeto ilícito en nuestro Derecho (Art. 1466 del Código Civil). Vale lo mismo para quien pida la reivindicación de un bien que está fuera del comercio humano o la ejecución de una obligación de hacer respecto de una persona que no existe jurídicamente o cuya obligación no es posible materialmente. En estos casos no hay un interés legítimo jurídicamente

²³ Vid., Berizonce, Roberto Omar, "Saneamiento" cit. nota n. 11, p. 92; Vescovi, Enrique. 2000. "El rechazo liminar de la demanda por ser manifiestamente improponible en el Código General del Proceso", *Anuario de Derecho Comercial*, N°6, Montevideo, p. 116.

²⁴ Vid., Peyrano, Jorge W., "Rechazo" cit. nota n. 11, pp. 221 y 222.

protegido²⁵, por lo que la tramitación completa, larga y dispendiosa de un proceso que espera una sentencia a todas luces desfavorable no parece necesaria.

En este sentido cabe anotar la potestad de rechazar *in limine* la demanda no entra en pugna con el poder-deber de juez de declarar de oficio la nulidad absoluta de un acto o contrato cuando aparezca de manifiesto (Art. 1683 del Código Civil), poder que forma parte de uno más amplio de restablecer el derecho quebrantado ahí donde hay un interés general comprometido. Me parece que la conjugación de ambas normas dota de coherencia sistemática a ambos poderes oficiosos. En efecto, en estos casos el rechazo *ab initio* de la demanda se fundará en la existencia patente y manifiesta de un vicio de nulidad absoluta y así será declarado por el juez en la sentencia definitiva. Con todo, la conciliación de estas potestades resulta evidente si se parte de la base que tienen el mismo supuesto habilitante: permiten al juez desarrollar una determinada actividad oficiosa ligada directamente al fondo del litigio cuando en la pretensión o en el contrato *aparezca de manifiesto* la falta de un interés jurídicamente tutelable o de un vicio de nulidad absoluta. Por consiguiente, una interpretación coherente y razonable sería entender que una pretensión está jurídicamente infundada y es susceptible de ser resuelta *in limine* cuando en el acto o contrato de donde nace el interés que se pide aparece de manifiesto el vicio de nulidad absoluta.

En esta situación, la negativa del juez a tramitar íntegramente la pretensión resulta justificada por carecer de un interés jurídico legítimo. Parece razonable sostener que el juez debe hacerse cargo en forma prematura de una pretensión anclada en una *causa o fundamento jurídico* que pugna de modo expreso con el ordenamiento vigente: ¿sería necesaria la tramitación íntegra de un proceso para rechazar una pretensión donde se pretende obtener la declaración de un crédito proveniente de un juego de azar? Si el fin de la jurisdicción es, entre otros, la individualización del derecho para el caso concreto y la tutela e integración del derecho objetivo²⁶, no parece cuestionable que tal operación pueda ser efectuada *ab initio* en supuestos donde aparezca de manifiesto que se procura la tutela de una relación jurídica que el Derecho repugna con toda su fuerza.²⁷

²⁵ De la Rúa, Fernando, "Rechazo *in limine* de la demanda" en *Derecho Procesal en Víspera del siglo XXI*, estudios en honor a los profesores Eisner y Alí, (Arazi, Roland, Coord.), Ediar editor, Buenos Aires, 1997, p. 150 y Morello, Augusto y Berizonce, Roberto. 1981. "Improponibilidad objetiva de la demanda", *Jurisprudencia Argentina*, Tomo III, 1981, p. 790.

²⁶ *Vid.*, por todos: González Montes, José Luis, 1993. *Instituciones de Derecho Procesal*. Tecnos, Tomo I, tercera edición, Madrid, p. 88.

²⁷ Esta exposición quedaría coja sino preciso cuándo la carencia de fundamentación debe entenderse "manifiesta". Esta cuestión será tratada más adelante.

Distinta es la situación cuando se trata de relaciones intersubjetivas que no poseen relevancia jurídica y, por lo tanto, no son dignas de un pronunciamiento judicial en la medida que no contienen una controversia regulada por el Derecho. Esta última situación, quizá muy poco frecuente en la práctica judicial, no puede ser incluida, a mi juicio, dentro de la fórmula “manifiesta falta de fundamento” dado que no se trata de pedir al tribunal que se pronuncie sobre la tutela de un derecho subjetivo o interés legítimo. Aquí más bien se configura una situación de exclusión de acceso al tribunal por tratarse de una cuestión que carece de contenido jurídico.²⁸ Ahora bien, la cuestión acerca de la falta de juridicidad de la cuestión controvertida impide, como se ha dicho, el acceso al tribunal. Pero la oportunidad en que el juez debe juzgar y determinar la carencia de relevancia jurídica de la controversia no es otro que *ab initio*, en la entrada del pleito, al igual que la manifiesta falta de fundamentación. Parece absurdo pensar que el juez deba dar íntegro cumplimiento a la tramitación del pleito para luego decidir que por la naturaleza del asunto el actor carecía del derecho de acceso a la jurisdicción.

Sin embargo, la cuestión acerca de la ausencia del carácter jurídico de la controversia debe resolverse por otra vía y no a través del poder adjudicado al juez para rechazar la demanda *in limine* por “manifiesta falta de fundamento”. Como jurídicamente es inadmisibles hablar de “pretensión” sin un contenido jurídico, me parece razonable que en estos casos, cuando lo pretendido por el actor no está regulado por el Derecho y carece de relevancia jurídica, el juez deba declarar *ex officio* su incompetencia absoluta. Se trataría de una materia que quedaría excluida de su potestad y, por ende, puede negarse a tramitar un proceso.

4.2.- Casos donde la ley excluye la posibilidad de tutela jurídica.

Otro supuesto que según la doctrina²⁹ cabe entender que el juez puede rechazar *in limine* la demanda, se produce cuando la ley excluye a determinadas relaciones jurídicas de tutela judicial. Quedan incluidos todos los casos de obligaciones naturales, es decir, aquellas que no confieren derecho a exigir su cumplimiento, pero una vez

²⁸ Vid., Bonet Navarro, Ángel, “El acceso a la Justicia” en *Justicia: Poder y Servicio Público*, CGPJ, (Gutiérrez-Alviz, Conradi, Director), Madrid, 2007, pp. 82 y 84. La STC 71/1991, de 8 de abril expresó: “No pueden plantearse al Juez cuestiones no actuales ni efectivas, futuras o hipotéticas, o cuya decisión no tenga incidencia alguna en la esfera de derechos o intereses del actor; se requiere que exista un caso o controversia, una verdadera litis, pero no cabe solicitar del Juez una mera opinión o un consejo.” Con esta fórmula se quiere dar cuenta que las situaciones donde los justiciables piden al tribunal un mero consejo o cuando no existe una verdadera litis o controversia jurídica, están privadas de la tutela judicial efectiva.

²⁹ Vid., Morello, Augusto y Berizonce, Roberto, “Impropiedad”, cit. nota n. 25, p. 790; Berizonce, Roberto Omar: “Saneamiento”, cit. nota n. 11, p. 91 y Arazí, Roland: “La demanda”, cit. nota n. 10, pp. 45 y siguientes.

pagadas confieren excepción para retener lo dado o pagado (Art. 1470 del Código Civil). Así, por ejemplo, si alguien persigue el cumplimiento de una obligación contraída por un menor adulto, no parece acertado que deba aplazarse la decisión sobre el fondo cuando el resultado de dicha pretensión se sabe, a ciencia cierta, que no será feliz para el actor.

Además de los casos de obligaciones naturales, el derecho material provee ciertas hipótesis donde excluye de plano determinadas pretensiones jurídicas. Por ejemplo, en el campo del derecho civil patrimonial el Art. 1865 del Código Civil priva de la acción redhibitoria al comprador cuando la adquisición ha operado en una venta efectuada por la autoridad de la justicia. En este caso, es la misma norma material la que priva al ciudadano de una determinada pretensión. Si este comprador intenta la acción redhibitoria no parece justificable que tenga que soportarse la tramitación completa de un proceso para llegar a una conclusión jurídica perfectamente descifrable al inicio del pleito. En el ámbito del proceso de familia el Art. 220 del Código Civil impide la impugnación de la paternidad o maternidad determinada por sentencia judicial. De igual forma, no parece razonable que un ciudadano que no se dice ser ni el verdadero padre ni la verdadera madre impugne una filiación determinada por sentencia judicial, tenga que tramitarse íntegramente el proceso para resolver lo que ya en la antesala del juicio puede resolverse. Los ejemplos pueden multiplicarse.

A diferencia del primer supuesto aquí no se trata de relaciones o situaciones antijurídicas sino que el legislador por razones de políticas que atañen al derecho material ha decidido “privar de acción” a un ciudadano.

4.3.- Falta de fundabilidad jurídica de la pretensión.

Dentro de esta hipótesis es posible individualizar dos vertientes: un sentido estricto, incluiría el supuesto donde la pretensión deducida no reúne los presupuestos necesarios para ser acogida (falta, por ejemplo, la alegación de ser dueño de la cosa para la acción reivindicatoria) o bien estos se muestran insuficientes para el mismo efecto. En un sentido más amplio, se incluirían además los casos de falta de interés para accionar y falta de accionabilidad. Como lo había adelantado, me parece que ambos supuestos caben perfectamente dentro de la manifiesta infundabilidad, dado que parten de igual fundamento: la necesidad de evitar procesos a todas luces infecundos.

4.3.1. Falta de los presupuestos o requisitos de la pretensión o insuficiencia de los mismos.

El último de los supuestos, quizá el más importante, está referido a aquella pretensión

que, o bien no reúne todos los requisitos o presupuestos para tener eficacia jurídica según la tutela solicitada, o bien resulta completamente inidónea para ser acogida³⁰. El juez debe realizar un trabajo intelectual similar al que efectúa en la sentencia definitiva y determinar si los hechos expuestos en la demanda, y que conforman una determinada causa de pedir, son susceptibles de producir los efectos jurídicos queridos por el actor. En este sentido, el actor relata unos hechos que deberían coincidir con el presupuesto de hecho contenido en la norma jurídica que fundamenta la pretensión y que generan ciertas consecuencias jurídicas. Si esos hechos abstractamente considerados no satisfacen los presupuestos fácticos de la norma jurídica utilizada como fundamento de la pretensión, el juez podrá, sin más trámite, rechazar la demanda y poner término al juicio. Al contrario, si los datos de hecho contenidos en la demanda satisfacen el o los presupuestos fácticos de la norma que sirve de fundamento a la demanda, el juez deberá declarar la admisibilidad de la pretensión y tramitar íntegramente el proceso. Desde luego que se trata de un juicio hipotético que no implica prejuzgar el fondo como tampoco es un juicio definitorio ni menos definitivo. Además tan discrepancia debe ser manifiesta.

Como lo explica la doctrina, para que un ciudadano pueda optar a una sentencia favorable a su pretensión (o de la acción si se quiere optar por la teoría de la acción concreta) resulta crucial que se aleguen *desde el inicio* todos los principales y normales presupuestos o fundamentos de la misma.³¹ Pero, por otro lado, es regla que las denominadas “condiciones de la acción”³², “requisitos constitutivos de la acción”³³ o “presupuestos de la sentencia favorable”³⁴, deban ser examinados por el juez al momento de la sentencia definitiva. Sin embargo, la potestad para rechazar *in limine* la demanda permite al juez efectuar un control, previo al desarrollo del proceso, sobre la existencia de todos los presupuestos de la acción o sobre la idoneidad de éstos para arribar a una sentencia favorable.

En este sentido, esta potestad judicial se muestra en plena concordancia lógica con la necesaria existencia temporal de estos requisitos o presupuestos, en el sentido que teniendo que concurrir al momento de interponer la demanda pueden ser analizados prematuramente en ese mismo espacio procesal. Como lo explica Satta “la

³⁰ Vid., Arazi, Roland: “La demanda y su contestación en el sistema de la ley 25.488”, cit. nota n. 10, p. 45.

³¹ Vid., De la Oliva Santos, Andrés, *El objeto*”, cit. nota n. 5, p. 29.

³² Chiovenda, Giuseppe, 1922. *Principios de Derecho Procesal Civil*. Reus, Tomo I, Madrid, pp. 175 y siguientes.

³³ Calamandrei, Piero, 1986. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Ediciones Jurídicas Europa-América, traducción de Santiago Sentis Melendo, Tomo I, Buenos Aires, p. 256.

³⁴ Couture, Eduardo, 1988. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, p. 108.

acción surge de un hecho que ha producido determinados efectos jurídicos y si estos efectos se han producido, como justamente se postula, es al momento de la *proposición de la acción que es preciso mirar*, no al de la sentencia.”³⁵

En consecuencia, parece claro que el juez debe realizar un examen sobre los requisitos o condiciones de la acción al momento de interponer la demanda; por ende, debe verificar si se aprecia la existencia de un derecho subjetivo afirmado o una situación jurídica de eficacia análoga³⁶ debe verificar la legitimación pasiva del demandado; la existencia de un interés legítimo en la tutela jurisdiccional y; por último, la accionabilidad.³⁷ Tanto el interés para accionar como la accionabilidad serán analizadas más adelante. No trataré la falta de legitimación activa por tratarse de un tema –amén de espinoso– que está ligado al control de los presupuestos procesales y, en todo caso, que resulta verificable, cuando no es presupuesto, sólo en la sentencia definitiva.³⁸

Esta hipótesis de apariencia sencilla –ya que el juez no tiene que valorar prueba como tampoco decidir conforme a la confrontación de dos o más tesis jurídicas– repercute en un tema trascendental del proceso civil: me refiero a la vinculación o libertad del juez frente al fundamento jurídico de la pretensión, esto es, a la vigencia del principio *iura novit curia*.³⁹ En efecto, el problema se suscita si los hechos que nutren a la pretensión no cuadran con la calificación jurídica efectuada por el demandante ¿Qué debe hacer el juez: admitir la demanda entendiendo que puede cambiar la calificación jurídica o simplemente rechazar *ad initio* la misma? En concreto,

³⁵ Satta, Salvatore, 1971. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Ediciones Jurídicas Europa-América, traducción de Santiago Sentís Melendo y Fernando de la Rúa, Vol. I, Buenos Aires, p. 129.

³⁶ Vid., Gascón Inchausti, Fernando, 2003. *La terminación anticipada del proceso por desaparición sobrevenida del interés*, Civitas, Madrid, p. 24 y Mandrioli, Crisanto: “Corso”, cit. nota n. 19, p. 42.

³⁷ Vid., Gascón Inchausti, Fernando, “La terminación” cit. nota n. 36, p. 24.

³⁸ Descarto la legitimación activa que desde el punto de vista procesal su control *ab initio* corresponde a un presupuesto procesal. No es posible efectuar un examen de la legitimación activa entendida ésta como una cuestión de fondo, ya que ésta va a pertenecer siempre al control de mérito efectuado en la sentencia definitiva. O sea, cuando la falta de legitimación aparece de manifiesto concurre su tratamiento a través del control del presupuesto procesal. Con todo, esta realidad permite claramente afianzar la tesis de la compatibilidad de esta potestad con el debido proceso desde que no ha habido discusión de que determinadas cuestiones relativas al fondo puedan verificarse al inicio del proceso cuando aparecen de manifiesto

³⁹ Sería necesario una tesis completa para analizar con cierta eficacia el contorno de este brocardo. Con todo, el problema no debería ser presentado como una pugna entre libertad o vinculación del juez frente al Derecho, sino más bien frente a la calificación jurídica planteada por las partes, o mejor dicho, frente al Derecho que las partes suelen aducir como que el que regula su relación jurídica. No cabe duda que el juez siempre será libre para efectuar la aplicación del Derecho al caso concreto, por ende, la disputa se centra más bien en si dicha libertad puede justificar el acogimiento de una pretensión.

si el juez logra definir que la calificación jurídica efectuada por el demandante, dado los hechos expuestos, es errada ¿puede rechazar de inmediato la demanda? Paso a tratar en extenso el problema planteado.

4.3.1.1. La aplicación oficiosa del Derecho y la potestad para rechazar *in limine* la demanda.

El problema de la aplicación oficiosa del Derecho a la solución del caso ha sido caldo de cultivo para innumerables doctrinas, especialmente para aquellas que han pretendido descifrar lo que debe entenderse por *causa de pedir* y su sanción inmediata cuando se quebranta: la incongruencia de la sentencia. El tema en cuestión puede perfectamente resolverse en determinar los elementos que conforman la causa de pedir; si sólo el elemento fáctico o también el material jurídico.

El tema cobra un perfil importante para el problema en cuestión, puesto que la posición que se adopte sobre la vinculación judicial a la calificación jurídica efectuada por el ciudadano en su demanda es la respuesta que marca el límite y, a la vez que autoriza, la actuación del juez. De lo que se trata es de precisar si la errada calificación jurídica de los hechos puede constituir un caso de pretensión manifiestamente infundada. A mi juicio, en la medida que tal calificación jurídica sea manifiestamente equivocada, no hay inconveniente alguno para hacer extensivo el uso del poder a esta hipótesis, es decir, el juez puede rechazar *ab initio* una demanda no sólo cuando los hechos aparezcan inapropiados para obtener la tutela pretendida (el actor no alegó el dominio del bien cuando ejerció la acción reivindicatoria), sino también cuando los hechos hayan sido erróneamente calificados (el actor interpuso una acción reivindicatoria alegando ser poseedor del bien).

Aun sin querer profundizar sobre el tema de la aplicación oficiosa del Derecho, no puede prescindirse de un esfuerzo para fundamentar porqué el órgano jurisdiccional no debe ni puede desvincularse del fundamento jurídico de la pretensión. Este esfuerzo se justifica, aquí y ahora, porque un recorte en la posibilidad de enmendar la calificación jurídica por parte del juez impediría hacer uso de esta potestad cuando los hechos vienen mal calificados jurídicamente. Por el contrario, cuando dicha calificación es manifiestamente errónea y no se le reconoce al órgano judicial ningún poder de influencia sobre el material jurídico entonces no habría inconveniente en poder rechazar *ad initio* una pretensión.

Al respecto la doctrina ha formulado de manera incuestionable tres razones que avalan esta tesis: en primer lugar, se dice que la desvinculación del juez de la calificación jurídica formulada en la pretensión puede significar vulnerar la plena vigencia del principio dispositivo; en segundo término, esta desvinculación puede lesionar el

derecho de defensa por la carencia de un contradictorio previo y; en tercer lugar, se dice que la libertad del juez en la aplicación de la norma jurídica podría poner en jaque la imparcialidad del juzgador.

a) *Iura novit curia* y principio dispositivo.

Antes de entrar de lleno a desarrollar este punto se debe poner de relieve que la contravención al principio dispositivo como límite a la actuación oficiosa del juez en la aplicación del Derecho, se yergue en un límite intrínseco que no admite una revisión según estemos en presencia de uno u otro ordenamiento. Me explico: las objeciones planteadas por el derecho de defensa o la imparcialidad del juzgador admiten soluciones legislativas, destinadas a hacer efectivas dichas garantías procesales, por lo que su infracción debe ser juzgada, a mi juicio, en concreto, para cada ordenamiento particular. En cambio, la vulneración del principio dispositivo se muestra irreversible, en el sentido que admite un análisis abstracto válido para todo orden jurídico que dependa del respeto al principio en cuestión. Por ende, el gran obstáculo que se debe salvar, de entrada, es la compatibilidad de este principio estructural del proceso civil y la actividad oficiosa del juez en la aplicación del derecho.

Gran parte de la doctrina ha postulado la estrecha vinculación entre el principio dispositivo y la vinculación del juez a la calificación jurídica de la demanda. Tapia Fernández expresa que “el límite a las facultades de aplicación del derecho por los Tribunales viene exactamente determinado por los límites que los litigantes hayan querido establecer respecto de sus derechos subjetivos, su medida y la amplitud de su ejercicio. Porque en esto se basa precisamente el principio dispositivo.”⁴⁰ Prieto Castro, por su parte, indica que “el juez no es libre en el manejo del derecho en tanto en cuanto su libertad pudiera atentar contra dicho principio dispositivo, concebido como una indicación de límites puestos por las partes a la función jurisdiccional.”⁴¹ Cortés Domínguez, por su parte, indica que la causa de pedir no sólo está integrada por los hechos sino además por todo aquello que es fundamentación de lo que se pide.⁴² Añade que “la *causa petendi* de la pretensión o la fundamentación de la demanda, en razón de lo que en ella se pide, pasa necesariamente por la exposición de unos fundamentos que son jurídicos, y consecuentemente, fácticos en el sentido amplio (...) si el actor quiere obtener la tutela jurídica concretada en la petición efectuada en

⁴⁰ Tapia Fernández, Isabel, 2000. *El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa juzgada*. Editorial La Ley, Madrid, p. 24 y en similar sentido: Vallines García, Enrique, 2004. *La preclusión en el proceso civil*. Civitas, Madrid, pp. 210 y siguientes.

⁴¹ Prieto Castro, Leonardo. 1956. “El cambio del punto de vista jurídico”, *Revista de Derecho Procesal*, p. 255 (pp. 251-263).

⁴² Cfr. Cortés Domínguez, Valentín, “*Derecho Procesal Civil*”, cit. nota n. 2, p. 144.

la demanda, debe aportar al proceso los fundamentos jurídicos y fácticos en los que apoya tal petición.⁴³ El juez quedaría atado por la fundamentación jurídica de la demanda, pero podría subsanar los yerros u omisiones en las citas legales.⁴⁴ Si bien autor no vincula derechamente su postura al principio dispositivo, desde que pone a la fundamentación jurídica en correlación inmediata con la “obtención de la tutela concretada en la petición” está anudando la fundamentación jurídica a los efectos, también jurídicos, que emanan precisamente del derecho subjetivo o interés que se quiere reconocer.

Ahora bien, lo dicho por los autores carece de una premisa justificativa: ¿Por qué el fundamento jurídico de la pretensión debe entenderse integrar el principio dispositivo y, por ende, ser un límite a la actuación del tribunal? La respuesta a esta interrogante pretendo abordar a continuación.

El principio dispositivo, en apretada síntesis, permite al ciudadano sobre la base de un criterio de oportunidad decidir si lleva a la tutela judicial el derecho subjetivo e interés legítimo que cree ser titular. Para esto el ciudadano afirma, en primer término, un conjunto de hechos que no son extraídos de la realidad azarosamente sino cuidadosamente seleccionados en cuanto justifican la existencia y titularidad del derecho subjetivo e interés legítimo.⁴⁵ El principio dispositivo ampara, en cierta forma, un preciso acto de voluntad del ciudadano. Pero lo ampara no cuanto acto vacío, sino en la medida que está dotado de un contenido que fija la naturaleza y el alcance de la tutela solicitada. Por su parte, el derecho subjetivo o el interés legítimo no nacen de la nada, no tienen una pura existencia material que prescinde del orden jurídico. Por el contrario, el derecho subjetivo nace y tiene plena vigencia en la medida que sea reconocido por el ordenamiento. Como lo afirma el profesor Moreno Catena “a través del Derecho se pretenden diseñar los parámetros básicos dentro de los cuales han de desenvolverse estas relaciones, regulando con mayor o menor detalle minuciosidad aquello que se puede y no se puede hacer, *reconociendo a los individuos derechos subjetivos que se van a defender por la propia organización política, y estableciendo cuáles son los legítimos intereses que cada uno puede sostener y exigir.*”⁴⁶

⁴³ *Ibid.*, pp. 144 y 145.

⁴⁴ *Ibidem.*

⁴⁵ Explica Ezquiaga que la norma jurídica, o más precisamente, el supuesto de hecho de la norma aplicable funciona como criterio de selección de los hechos relevantes para la decisión. Es decir, constituiría una falacia reconocer un tratamiento diferenciado de las cuestiones jurídicas y fácticas, cuando en realidad los hechos son puesto en razón de una determinada norma jurídica. Cfr., Ezquiaga Ganuzas, Francisco, 2000. “*Iura novit curia*” y aplicación judicial del derecho. Editorial Lex Nova, Valladolid, p. 73 y siguientes.

⁴⁶ Moreno Catena, Víctor, 2008. *Introducción al Derecho Procesal*, (con Cortés Domínguez). Tirant lo Blanch, tercera edición, Valencia, p. 35.

La afirmación del ciudadano de que el ordenamiento jurídico le reconoce la titularidad de un determinado derecho o interés legítimo es una clara manifestación de voluntad que debe ser respetada en todo orden por el órgano jurisdiccional, ya sea en los contenidos de hecho como en el contenido jurídico. Este razonamiento no consiste en que los ciudadanos posean la capacidad de disponer del Derecho objetivo y que juez frente a su no discusión deba acatar los argumentos jurídicos de las partes. Por el contrario, consiste en reconocer que el fundamento de Derecho, es decir, la conexión que se hace de los hechos con un enunciado jurídico que produce los efectos queridos por el actor, integra el derecho subjetivo o interés legítimo que se lleva a pleito. O sea, la calificación jurídica de los hechos no es un elemento extraño o ajeno que deba ser proporcionado por el juez en plena libertad y sin limitaciones, sino que precisa y acota el derecho que el ciudadano cree ser titular y cuyo reconocimiento solicita al juzgador. El fundamento jurídico de la pretensión es un elemento crucial que permite identificarla jurídicamente de otras pretensiones, que si bien pueden tener idéntico elemento fáctico, difieren del elemento jurídico. Por ende, cuando cierta parte de la doctrina afirma que el juez queda vinculado por la calificación efectuada por el actor no significa que deba resolver ciegamente conforme a la misma, sin emitir su dictado autónomo de aplicación de la ley, sino que simplemente se le prohíbe al juez sustentar su propia tesis jurídica como fundamento para acoger una determinada pretensión. En cierta forma, no es aceptable que el juez *so pretexto* de modificar la calificación jurídica promovida en la demanda termine cambiando lisa y llanamente la acción deducida. En tal caso, en palabras de Gutiérrez de Cabiedes, el juez se adjudicaría una atribución ilegítima de poderes de disposición material, que no se puede justificar bajo ningún tipo de razones procesales o extraprocesales.⁴⁷

En síntesis, es el conjunto de hechos subsumidos en una concreta norma jurídica lo que fundamenta la concreta solicitud o petición del actor, la delimitan e identifican respecto de otras acciones y definen el *derecho subjetivo* en que el actor basa su pretensión de tutela.⁴⁸

En el ámbito de la doctrina española Ormazabal Sánchez ha sido el autor que con mayor énfasis ha intentado refutar la eventual ruptura del principio dispositivo a

⁴⁷ Cfr., Gutiérrez de Cabiedes, Eduardo, "La socialización del proceso" en *Constitución, Derecho y Proceso*, Estudios en Memoria de los profesores Vicente Herce Quemada y Ángel Duque Barragues, Facultad de Derecho de la Universidad Zaragoza, 1983, p. 430. En similar sentido, siguiendo el criterio jurisprudencial en materia de responsabilidad por daños: Pantaleón Prieto, Fernando. 1995. "Comentario a la sentencia de 10 de mayo de 1984", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, N° 38, pp. 1645 y 1652 (1645-1659)

⁴⁸ Cfr., Tapia Fernández, Isabel, "Causa de pedir" en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Tomo I, Madrid, 1995, p. 965.

través de la libertad judicial para la aplicación del Derecho. Explica Ormazabal que “a duras penas cabe admitir que la fundamentación jurídica de las pretensiones tenga relación con la voluntad de obtener de los tribunales una cierta tutela. Quien acude a los tribunales pretende la declaración a su favor de un cierto efecto jurídico, el reconocimiento de una determinada tutela.”⁴⁹ Agrega que “difícilmente cabe aceptar que otorgarle o reconocerle dicho efecto jurídico con base a argumentos diferentes de los que esgrimió en el proceso suponga contrariar o suplantar su voluntad en el ejercicio de sus derechos subjetivos.”⁵⁰ Concluye manifestando que “cuando el Estado, personificado en el tribunal, resuelve una contienda entre particulares y otorga la tutela solicitada por el actor con apoyo en fundamentos jurídicos que éste no adujo, en modo alguno está interfiriendo en la autonomía de la voluntad de los particulares o contraviniendo el principio dispositivo, pues, (...) no hace otra cosa que secundar la voluntad de dicho actor, para quien la tutela otorgada con fundamento jurídico diverso del solicitado resultará preciosa, útil, beneficiosa y satisfactoria –desde luego deseada– como la que se hubiese otorgado sobre la base de su perspectiva jurídica del asunto.”⁵¹

La tesis de Ormazabal peca, a mi juicio, de grandes inconvenientes. En primer lugar, su razonamiento omite la distinción efectuada por el profesor De la Oliva entre *fundamento* y *fundamentación* de una acción,⁵² y parece homologar tales términos. La fundamentación jurídica incluiría, según De la Oliva, “no sólo la forma de presentar los argumentos sino los concretos elementos jurídicos aducidos: los preceptos legales y los principios jurídicos citados y el entendimiento que de ellos se hace, así como de la doctrina jurisprudencial aducida y su pretendida interpretación.”⁵³ Es válido entonces pensar que el ordenamiento no espera una correlación armónica entre la fundamentación jurídica expuesta en la pretensión y aquella que figura en la sentencia, pero sí le exige al juez congruencia entre el fundamento de lo pretendido y lo dado. En consecuencia, el problema de la libertad del juez en la aplicación del derecho no está referido a la elección de los *fundamentos jurídicos*: al contrario, una buena sentencia, o al menos una correctamente motivada, debería saturar la argumentación con los mejores fundamentos jurídicos disponibles, aducidos o silenciados por las partes, sin apartarse del fundamento de la pretensión.

⁴⁹ Ormazabal Sánchez, Guillermo, 2007. “Iura novit curia. La vinculación del juez a la calificación jurídica de la demanda, Marcial Pons, Madrid, pp. 89 y 90.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ *Ibid.*, pp. 90 y 91. En similar sentido se pronuncia Garnica, al sustentar que el apartamiento del juez a la calificación jurídica no debe ponerse en entredicho con el principio dispositivo sino en relación a la contradicción que debe preceder a la decisión del juez. Cfr., Garnica Martín, Juan. 1999. “El principio iura novit curia y la determinación del objeto del proceso en el Proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, *La Ley*, tomo I, pp. 1714 y 1716 (1713-1716).

⁵² De la Oliva Santos, Andrés, “El objeto”, cit. nota n. 5, p. 69.

⁵³ *Ibidem*.

Por ejemplo, si el actor pretende la declaración de nulidad de un contrato fundado en el error esencial como vicio del consentimiento, la demanda deberá contener además de los hechos que la fundan, una exposición de la fundamentación jurídica que permite acoger la pretensión sobre ese vicio. El juez, por su parte, no queda obligado a fundar su sentencia en base a los argumentos jurídicos expuestos en la pretensión, pero sí queda vinculado al fundamento de la pretensión (error esencial).⁵⁴ Por ende, cabe que el juez respetando el fundamento de la pretensión –error esencial– declare la nulidad del contrato en base a argumentos jurídicos diferentes a los expuestos en la demanda. Si el juez acomete su función jurisdiccional de esta forma, no cabe reprocharle jamás incongruencia, como tampoco pasa por encima de la voluntad del actor.⁵⁵ La genuina voluntad del actor no se manifiesta en la *fundamentación* de la pretensión ni en los argumentos que pueda exponer, sino en el *fundamento* de la misma, en la causa o razón jurídica sobre cuya declaración pretende del tribunal.

En segundo lugar, la tesis de Ormazabal parte de una premisa, a mi juicio, equivocada o, al menos, dudosa para algunos supuestos. No es tan cierto que al actor le sea indiferente que la tutela pedida está desligada al fundamento de la misma. Por cierto que muchas veces lo será, pero no siempre. Pienso en el caso del ciudadano que pretende bajo fundamento de la responsabilidad contractual y el tribunal otorga, pero bajo el fundamento de la responsabilidad extracontractual. En este supuesto, la extensión de la responsabilidad que el ciudadano reclamó es menor a la que efectivamente fundó su sentencia el tribunal. El ciudadano no pudo, por ejemplo, reclamar los perjuicios imprevistos que sí se otorgan en la responsabilidad extracontractual, y no obstante, debe soportar el peso de la sentencia fundada precisamente sobre la responsabilidad aquiliana.

En tercer lugar, el autor efectúa una separación tajante *quaestio iuris* y la *quaestio facti* del juicio como se trataran de dos cuestiones que no tiene conexión de ningún tipo. Ya la doctrina ha puesto de relieve lo erróneo que resulta pretender bifurcar las cuestiones de hecho y de derecho como si se trataran de dos realidades sin conexión. Los hechos son colocados en una pretensión en relación al Derecho que se cree aplicable, en la medida que son calzan con los presupuestos de hecho de la norma jurídica.

⁵⁴ Vid., De la Oliva Santos, Andrés, 2004. *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, (con Díez-Picazo Jiménez, Ignacio). Editorial Universitaria Ramón Areces, tercera edición, Madrid, p. 457.

⁵⁵ Vid., en similar sentido: Real Pérez, Alicia, 1995. “Comentario a la sentencia de 15 de febrero de 1005”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, N° 38, p. 761 (755-766) quien indica que a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español la exigencia de congruencia es plenamente compatible con el principio del *iura novit curia*, por los cuales los jueces y tribunales no están obligados a fallar según las alegaciones jurídicas presentadas por las partes.

Por último, la tesis de Ormazabal no cuadra con las hipótesis de *conurrencia de acciones*⁵⁶, donde no cabe duda que la voluntad del actor se manifiesta de modo inexorable, al ejercer la pretensión alegando la titularidad de un determinado derecho subjetivo, dentro de todos los posibles. En efecto, siguiendo a Gómez Orbaneja y Tapia Fernández hay concurrencia de acciones cuando “para unos mismos hechos, supuesta la identidad de fin, el Derecho puede abrir para su consecución una pluralidad de caminos; pero sólo porque los caminos no son iguales. Y como el mismo fin no puede obtenerse dos veces, elegido un camino (deducida una acción en juicio), quedan automáticamente cerrados los demás (...) no se trata de que un acaecimiento concreto pueda ser valorado bajo distintas normas diversas (...) sino de un supuesto de hecho que permite al actor efectuar en su demanda una petición delimitada en forma distinta”.^{57 58}

Con todo, Tapia Fernández añade algo crucial para el tema en estudio y que muestra con toda energía la necesidad de respetar íntegramente la calificación jurídica propuesta por el actor en la demanda. Agrega: “Esta distinta forma de delimitar la pretensión constituye precisamente el elemento causal del objeto litigioso, por lo que su variación o consideración distinta a lo largo del proceso provocaría, a mi juicio y como se verá más adelante, un cambio de demanda.”⁵⁹ En consecuencia, cuando el ordenamiento determina acciones concurrentes y el actor elige entre una de ellas, no puede el juez desvincularse de dicha elección y preferir otras aun cuando con ello dote de eficacia a la tutela solicitada. El órgano jurisdiccional queda amarrado con la calificación y camino efectuado por el actor, y su vulneración no sólo implica un cambio en la causa de pedir (y por cierto, una incongruencia de la sentencia) sino desconocer la voluntad clara e inequívocamente manifestada de quien solicita la tutela.

⁵⁶ Para ser justo, cabe advertir que el autor sí se preocupa tanto de describir en forma escueta, pero muy significativa, la diferencia entre el concurso de acciones y el concurso de normas, resumiendo la postura que la doctrina mayoritaria habría mantenido al efecto. Además asume con posterioridad una postura que se liga más bien al tema de la contradicción y la defensa, que al principio dispositivo. Cfr. Ormazabal Sánchez, Guillermo: “Iura”, cit. nota n. 49, pp. 52 a 55.

⁵⁷ Cfr. Tapia Fernández, Isabel, 1995. *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual. Tratamiento sustantivo y procesal*, (con Cavanillas Múgica, Santiago). Editorial Centro del Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, p. 187; y Gómez Orbaneja, Emilio. 1946. “Concurso de leyes y concurso de acciones en Derecho civil”, *Revista de Derecho Privado* N°355, p. 711 (705 a 715).

⁵⁸ Más clarificadora resulta la explicación dada por el profesor Manuel Ortells: “el concurso de acciones supone: 1) unos hechos parcialmente idénticos o comunes; 2) la posibilidad de varias calificaciones jurídicas según los hechos diferenciales que sean destacados en la alegación; 3) la consecuencia jurídica derivada de los hechos es sólo una desde un punto de vista práctico o de utilidad, de modo que si el actor ve estimada su petición aduciendo una de las posibles configuraciones de la ‘causa petendi’, ni le interesa, ni puede obtener nueva tutela con base en las otras configuraciones de la ‘causa petendi’”. Ortells Ramos, Manuel, “*Derecho Procesal Civil*”, cit. nota n. 3, p. 261.

⁵⁹ Tapia Fernández, Isabel, “*La concurrencia*”, cit. nota n. 57, pp. 187 y 188.

Distinta sería la situación tratándose de una *conurrencia de normas*. Para que se dé este supuesto de concurrencia no basta que un mismo supuesto de hecho sea reconducible a dos o más normas sino que es necesario que ese supuesto de hecho despliegue las mismas consecuencias jurídicas que puedan ser reconducidos a dos o más normas. De tal manera que si el supuesto de hecho se mantiene idéntico pero cambian las consecuencias jurídicas se estará en presencia de un concurso de acciones más no de un concurso de normas.⁶⁰ En este caso, como se trata de la simple elección de la norma aplicable a unos hechos, no se provoca diversidad de causa de pedir y, por ende, no hay diversidad de acciones, existe un solo objeto litigioso y el juez goza de plena libertad para elegir la norma aplicable a esos hechos.⁶¹ En este sentido, el juez puede perfectamente indicar las normas que el demandante no haya efectuado, puede omitir normas que se hayan señalado o corregir las mal indicadas o formuladas. Todos estos supuestos, en cuanto cuestiones de conocimiento del Derecho aplicable y no de calificación jurídica de los hechos, pueden ser manejados completamente por el juez.

De otra parte, la tesis del autor español se pone a prueba en ciertas hipótesis fácticas. Pongamos un ejemplo. Un ciudadano demanda principalmente una indemnización de perjuicios en sede contractual y, en forma subsidiaria, en sede extracontractual. Decide, a mitad de pleito, renunciar a la primera pretensión deducida y seguir tan solo con la segunda, que pasa a ser la única acción o pretensión objeto del pleito. Demás está dejar por sentado que esta renuncia no es más que una clara manifestación del principio dispositivo y el juez, en tal caso, nada puede hacer. Sucede que al momento de dictar sentencia el juez llega a la conclusión que los hechos dan lugar a una clara hipótesis de responsabilidad contractual, precisamente, la acción o pretensión renunciada: ¿puede desvincularse de la calificación jurídica efectuada en la pretensión aún subsistente y acoger la demanda sobre la base de la calificación efectuada en la acción renunciada? El respeto al principio dispositivo le impide al juez, a mi juicio, desvincularse de la calificación jurídica de la demanda subsistente y acoger una pretensión expresamente renunciada. Y nótese que la parte no renuncia a los hechos de dicha pretensión sino al Derecho que cree aplicable.

Ahora bien, alguien podría objetar esta tesis sosteniendo que en este caso es el acto de renuncia el que hace surgir la obligatoriedad de la vinculación del juez a la alegación jurídica, de tal manera que fuera de este supuesto tal posibilidad no vendría vedada. Ello no es así. Tanto la precisa delimitación del derecho que se lleva a pleito (a través de los hechos y el Derecho) como la posibilidad renunciar tienen idéntica fuerza

⁶⁰ *Ibíd.*, p. 199.

⁶¹ *Ibidem*.

dentro del principio dispositivo. Ambos son actos o declaraciones de voluntad que tienen idéntica obligatoriedad y constituyen un límite infranqueable de la actuación jurisdiccional. Además de seguirse la tesis contraria se entraría en una contradicción: no se puede afirmar que la alegación del Derecho resulta jurídicamente irrelevante y, al mismo tiempo, decir que es relevante sólo cuando hay renuncia de una acción. O en otros términos, que debe respetarse la voluntad del ciudadano sólo cuando renuncia a una acción o pretensión deducida y no cuando la deduce.

A modo de resumen, se puede decir que la aplicación oficiosa del derecho por parte del juez, en cuanto afecta la calificación jurídica efectuada por el actor pone en jaque el respeto al principio dispositivo, especialmente en los casos de concurrencia de acciones. El derecho subjetivo e interés legítimo, se conforman e identifican a través de unos hechos calificados jurídicamente, es decir, conforme a una determinada causa de pedir que no puede ser alterada por el juez. Así, al mismo tiempo que el juez altera la causa *petendi* de una pretensión modifica el derecho subjetivo o el interés legítimo que el actor ha querido que sea sometido a tutela judicial. En consecuencia, frente a la demanda jurídicamente mal calificada el juez no debe soportar la total tramitación del proceso y puede acabar con el juicio a través del poder concebido para rechazar *in limine* la pretensión.

b) *Iura novit curia* y la imparcialidad del juzgador.

Cierta parte de la doctrina afirma que la desvinculación del juez a la calificación jurídica podría pugnar con la imparcialidad del juzgador.⁶² En efecto, se dice que el juez que decide adoptando una calificación jurídica distinta a la aducida por las partes corre el riesgo de perder su imparcialidad o neutralidad, ya que actuaría como abogado o defensor de la parte cuya pretensión considera amparable, a quien secundaría suministrándole argumentos jurídicos para estimarla.⁶³ A mi juicio, esta objeción no es plausible. El órgano jurisdiccional frente al deber constitucional de resolver los conflictos que se le presentan debe, como garantía de imparcialidad e independencia, aplicar estrictamente la ley. Por ende, si ha de acoger una pretensión o rechazarla será siempre a través una tesis jurídica que podrá coincidir o disentir con las sustentadas por las partes. No actúa el juez como abogado o asesor de las partes cuando cumple lo

⁶² Tomo esta afirmación del texto de Ormazabal ya citado, pero hago la prevención que el autor no respalda esta afirmación y no hay citas doctrinales que avalen dicha tesis. Sobre la imparcialidad en la aplicación del derecho, pero desde otra perspectiva a la analiza acá, puede consultarse: Meroi, Andrea. 2007. "Iura novit curia y decisión imparcial", *Revista Ius et Praxis*, Universidad de Talca, N°2, pp. 379 a 390.

⁶³ *Vid.*, Ormazabal Sánchez, Guillermo, "Iura", cit. nota n. 49, pp. 95 y 96.

esencial de su función: resolver el conflicto conforme al Derecho, motivando sus decisiones.

De hecho, tal como se afirmó, me parece que un buen juez debe saturar la argumentación disponible para sustentar la tesis jurídica expuesta en la sentencia, y para ello es necesario y razonable que esté en plena libertad de argumentar o motivar en forma diversa a cómo lo han hecho las partes. Si se mantiene incólume la causa de pedir, el juez puede libremente buscar los argumentos jurídicos que encajen en su tesis, sea ésta acorde a la pretensión, la resistencia o una genuina tercera vía. Lo anterior no significa que el juez se desvincule de los argumentos o consideraciones de rechazo o acogibilidad que formulan las partes en sus alegaciones: la estructura dialéctica del proceso lo constriñe a dar respuesta a cada uno de los argumentos de las partes.

La imparcialidad como valor fundamental del proceso no se pierde por la búsqueda de argumentos fuera de los esgrimidos por las partes; el juez no deja de ser tercero ni menos se compromete con los derechos e intereses objeto del litigio por argumentar jurídicamente en forma diversa a la tesis que escoge. Es más, me parece que la selección de argumentos jurídicos por parte del juez no es más que el resultado de una distribución previa de roles que ha consagrado el legislador en orden a adjudicar a las partes, exclusivamente, la introducción de los hechos relevantes y una precisa calificación jurídica identificadora de la tutela solicitada, y al juez, la tarea de proveer el derecho aplicable a esos hechos jurídicamente calificados.

Otra cuestión, desde luego, es afirmar la legitimidad de la tercera tesis como antecedente de estimación de una pretensión. O sea, aun cuando pueda sustentarse que el juez no pierde su imparcialidad, aceptar sin cortapisa una tercera tesis y acoger la demanda podría significar una flagrante vulneración al contradictorio y a la defensa en juicio. En consecuencia, si el juez define una calificación jurídica diversa a la contenida en la demanda podrá *ad initio* rechazarla demanda y con ello no pierde su imparcialidad.

c) Derecho de defensa e *iura novit curia*

El tercer gran inconveniente definido por la doctrina para restringir la libertad del juez en la aplicación del Derecho es la infracción al derecho de defensa.⁶⁴ En resumidas palabras se plantea que si el juez en su sentencia modifica la calificación

⁶⁴ Vid., Bonet Navarro, Ángel. 2002. "Comentario a la sentencia de 24 de septiembre de 2001", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, N° 58, p. 309, quien pone especial hincapié en la trasgresión al deber de congruencia.

jurídica de la acción deducida, aun sin infringir el principio dispositivo o la imparcialidad, altera los términos de la controversia, impidiendo al demandado defenderse y generar un debate en torno a la nueva calificación propuesta por el juez.⁶⁵ Según Ormazabal, tanto en el caso de concurso de acciones (donde el juez dicta sentencia tomando en cuenta hechos descritos en la demanda pero irrelevantes desde la perspectiva jurídica señalada por el actor) como en el concurso de normas (donde el legislador consiente sin restricciones que el juzgador base su decisión en la norma que estime pertinente) los reparos al derecho de defensa se centran en lo novedoso o sorpresiva del punto de vista jurídico, en relación de la cual el demandado nada pudo alegar u objetar durante el proceso. Además, tratándose del concurso de acciones, habría una infracción al elemento fáctico de la pretensión.⁶⁶

No obstante, Ormazabal se muestra parcialmente de acuerdo con esta tesis. Postula el autor que en el caso que el demandado haya refutado o controvertido todos los hechos expuestos en la demanda, sea que configuren o no los presupuestos de hecho de la norma que califica la relación jurídica, sobre los que se haya rendido prueba, no cabría hablar de infracción al derecho de defensa en su vertiente fáctica. Sólo indico que tal situación, anómala desde el plano procesal y material, no justifica la tercera tesis del juez y bien podría ser atacada por incongruencia. Con todo, se debe acotar que el problema de la calificación jurídica en relación al derecho de defensa, se conecta también con el contradictorio previo que debe preceder a la decisión final. Aun cuando las partes puedan discutir y probar los hechos irrelevantes que sustentan la tercera tesis judicial, ello no significa que asuman, necesariamente, que tales hechos den lugar a una nueva calificación jurídica. Además la discusión que pueda darse sobre la prueba de los hechos, en principio irrelevantes, nada atenúa a la discusión netamente jurídica sobre la calificación de esos hechos. Por lo demás, me parece que la tesis de Ormazabal es falaz. En efecto, la idea de que el juez pueda impetrar una tercera tesis jurídica supone siempre, sea que la funde con hechos relevantes o irrelevantes, en hechos probados. Por ende, la discusión y prueba de los hechos no es sino el presupuesto de la tercera tesis, y la certeza de esos hechos no puede justificar ni menos atenuar la transgresión al contradictorio y el derecho de defensa. En síntesis, el contradictorio y la defensa jurídica no son más que límites infranqueables a la utilización de los poderes que confiere el principio *iura novit curia* en la selección del material jurídico aplicable a la relación controvertida.⁶⁷

⁶⁵ Vid., Ormazabal Sánchez, Guillermo, "Iura", cit. nota n. 49, pp. 105 y 106. Véase el desarrollo de este argumento para el derecho italiano, perfectamente transportable a todo sistema jurídico procesal: Montesano, Luigi, "La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili di 'terza via'" en *Relazione del Convegno di Sorrento sulla riforma dell' art. 111 Cost.*, Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Torre Annunziata, 2000, pp. 187 a 207, en especial, pp. 190 y 191.

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ Vid., Ezquiaga Ganuzas, Francisco, "Iura novit curia", cit. nota n. 45, p. 36.

Desde este punto de vista, el derecho de defensa se conecta estrechamente con el contradictorio. En efecto, por contradicción debe entenderse aquel conjunto de reglas que, desde la constitución de la relación procesal hasta la decisión del juicio, disciplinan el diálogo abierto entre los sujetos en litis, en vista de un objetivo común: la elaboración del contenido de la sentencia final.⁶⁸ En otras palabras, el juez debe provocar de oficio el debate preventivo entre las partes sobre todas las cuestiones de hecho y de derecho que sean determinantes para la resolución de la controversia,⁶⁹ a fin de que las partes desde sus *parciales* puntos de vista puedan ilustrarlo acerca del contenido de su pretensión y resistencia, ayudando a formar la convicción sobre la verdad o falsedad de los hechos invocados, como de los aspectos jurídicos relevantes en la decisión del litigio. Si el juez se aparta del material involucrado en el desarrollo del contradictorio y sorprende con una posición jurídica no discutida ni tratada en el proceso, coarta el derecho de defensa al recortar en forma esencial la posibilidad de la parte a efectuar sus alegaciones jurídicas. En efecto, la doctrina ha dicho que la indefensión consiste “en no sufrir en el seno del proceso una privación o limitación de las posibilidades esenciales del derecho de defensa –alegación y/o prueba- (...) siempre que tal privación o limitación de la defensa acarree un perjuicio efectivo y definitivo a los derechos e intereses sustantivos del justiciable.”⁷⁰ En este aspecto, y tal como en palabras bien resumidas diera cuenta Carreras, “el juez puede razonar sin limitación desde el punto de vista jurídico, y puede buscar y aplicar libremente las normas jurídicas apropiadas, pero siempre que se mueva dentro de las cuestiones jurídicas planteadas por las partes.”⁷¹

Pero como se había indicado la contravención al derecho de defensa sólo resulta útil como impedimento para la libertad del juez en la aplicación del Derecho en la medida que el ordenamiento concreto impida a las partes discutir y reconsiderar los puntos de vista iniciales. Es decir, si se da la posibilidad a los litigantes de discutir la tercera tesis que el juez pretende imponer en su decisión entonces no cabría objetar problemas a la defensa o a la contradicción.⁷² En este sentido, la respuesta a esta

⁶⁸ Vid., Comoglio, Luigi Paolo, “El II comma dell’art. 24. Il diritto di difesa nel processo civile” en *Comentario della Costituzione. Rapporti Civile*, a cura de Giuseppe Branca, Nicola Zanichelli Editore, Bologna, 1988, p. 59.

⁶⁹ Vid., Trocker, Nicolo. 2002. “Il nuovo articolo 111 della costituzione e il ‘giusto processo’ in materia civile: profili generali”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, N°2, p. 394 y Bove, Mauro. 2002. “Art. 111 Cost. E ‘Giusto processo civile’”, *Rivista di Diritto Processuale Civile*, N°2, p. 500.

⁷⁰ Díez-Picazo Jiménez, Ignacio, Borrajo Iniesta, Ignacio y Fernández Farreres, Germán, 1995. *El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo. Una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional*. Civitas, Madrid, p. 100.

⁷¹ Carreras, Jorge, “Facultades materiales de dirección” en *Estudios de Derecho Procesal*, Bosch Editor, Barcelona, 1962, p. 257.

⁷² Esta era, precisamente, la propuesta de Garnica para el proceso español. Según el autor la real preocupación del principio *iura novit curia* no viene dado en su alcance –el autor supone que el juez

interrogante resulta vital: si el ordenamiento prevé la posibilidad de discutir *ex ante* de la decisión final un cambio en la posición jurídica inicial de las partes entonces el juez no podría rechazar *in limine* la demanda por una errada calificación jurídica, ya que siempre habrá la instancia para subsanarla. Y esto, al menos de modo patente y general, no está presente en el PCPC. La demanda nace y muere con un idéntico contenido insustituible e inmodificable en términos sustanciales. Este último aspecto, sin embargo, amerita una mayor reflexión y así trataré de hacerlo cuando analice la relación entre esta institución y la modificación de la demanda.

d) A modo de conclusión parcial

Si resulta claro que el PCPC no prevé la posibilidad de que las partes efectúen una modificación en la posición jurídica inicial, no hay inconveniente en que el juez pueda rechazar *in limine* una demanda cuando los hechos aparecen, manifiestamente, mal calificados. La razón es idéntica a los demás supuestos. Es estéril tramitar íntegramente un proceso cuando el juez debe dictar sentencia absolutoria; no se justifica un desgaste del aparato jurisdiccional –con el consiguiente costo humano y social que ello provoca– para la tramitación de una pretensión que bien puede resolverse bajo la aplicación del Derecho en un estadio prematuro.

4.3.2. El interés para accionar.

Cierta parte de la doctrina viene afirmando desde antaño que el interés para accionar no puede ser considerado un elemento autónomo del acto de tutela por tratarse de una noción que viene implícita en la misma; de esta forma, la valoración de la existencia de un interés en la tutela es realizada por el legislador en el momento que predispone cada una de las formas de protección jurídica. En sencillas palabras, el legislador ha otorgado la tutela precisamente porque, *a priori*, ha encontrado un interés en obtenerla.⁷³ No obstante, si bien se debe admitir que, en algo, se puede

debe ser libre para aplicar el derecho, pudiendo cambiar la calificación jurídica contenida en la demanda- sino más bien la forma en que debe procederse cuando el juez pretende dar a los hechos una calificación jurídica distinta a la expuesta en la pretensión. Cfr. Garnica Martín, Juan: “El principio *iura novit curia*”, cit. nota n. 51, p. 1716.

⁷³ *Vid.*, Allorio, Enrico, “¿Necesidad de tutela jurídica?” en *Problemas de Derecho Procesal*, Ediciones Jurídicas Europa-América, traducción de Santiago Sentis Melendo, Tomo II, Buenos Aires, 1963, p. 278 (275-294). No cabe desarrollar aquí si el interés o necesidad en la tutela jurídica atañe a la admisibilidad o al fundamento de la demanda (*Vid.*, Allorio, Enrico, obra recién citada, p. 275). Menos aún poner énfasis en la polémica de Rendeti, recogida por Satta, acerca de la ficción de separar el interés material del interés procesal. Tampoco es útil recordar el interés en la acción para cada tipo de tutela que se solicita. Estos temas escapan, por completo, de los alcances normales de una indagación como esta y bien podrían justificar, por su riqueza doctrinal, la elaboración de un trabajo independiente.

estar de acuerdo con la interpretación de Allorio, la realidad práctica del mundo jurídico demuestra, sin embargo, lo contrario: el interés para accionar tiene una misión que cumplir dentro de la tutela jurisdiccional.

Parece razonable entender que la noción de “interés” tiene una posición central en la configuración de la acción o pretensión; con ella se quiere aludir a la existencia de una lesión al derecho o interés legítimo y la consecuente necesidad, que emerge de dicha lesión, de obtener la tutela jurisdiccional.⁷⁴ En este sentido, se ha dicho que la jurisdicción no debe movilizarse por el mero capricho de los titulares de los derechos para la sola declaración de esa titularidad; la exigencia del interés en la declaración jurisdiccional es hablar de una *necesidad actual* de tutela⁷⁵. La exigencia de un interés en la acción deducida tiene una doble virtualidad: en primer lugar, sirve para representar la existencia de un derecho subjetivo e interés legítimo lesionado o falto de certeza⁷⁶, del cual nace la necesidad de procurar la tutela prevista por el ordenamiento. Es decir, sin lesión o falta de certeza en el derecho material no puede prosperar una determinada pretensión ni menos aún pretenderse la obtención de una sentencia favorable. Esta dimensión se identifica con el *nacimiento* del interés como elemento de la acción. Pero también tiene la finalidad de evitar tutelas innecesarias, jurídicas y fácticamente irrelevantes, que pugnan con la noción misma de jurisdicción.⁷⁷ Esta dimensión corresponde a la *función* del interés dentro de la configuración de la acción o pretensión.

Con todo, el interés para accionar no corresponde a una cuestión meramente procesal que pudiera ser objeto de un control bajo el canal del examen de los presupuestos procesales, sino que es un tema que alude al fondo del asunto, al mérito mismo⁷⁸; por ende, parece lógico que la necesidad de la tutela jurisdiccional surja del mismo acto iniciativo del proceso, esto es, de la demanda. Por simple lógica, la pregunta que corresponde es precisar: ¿qué puede hacer el juez cuando en la demanda no

⁷⁴ Para un estudio profundo del interés como elemento de la acción y como presupuesto de la jurisdicción puede verse: Attardi, Aldo, 1958. *L'interesse ad agire*. Cedam, Padova, pp. 1 y siguientes, aun cuando prácticamente toda la obra aborda la función y posición del interés para accionar dentro del proceso y su necesaria conexión con el derecho sustancial. En modo más resumido y dogmático puede consultarse su obra general: *Diritto Processuale Civile. Parte generale*. 1994, Cedam, Tomo I, Padova, pp. 69 y siguientes.

⁷⁵ Vid., De la Oliva Santos, Andrés, “Derecho Procesal Civil”, cit. nota n. 54, pp. 164 a 166; Gascón Inchausti, Fernando: “La terminación” cit. nota n. 36, p. 28.

⁷⁶ Vid., Gascón Inchausti, Fernando, “La terminación”, cit. nota n. 36, p. 33; De la Oliva Santos, Andrés, “Derecho Procesal Civil”, cit. nota n. 54, p. 164 y Proto Pisani, Andrea, 1999. *Lezioni Diritto Processuale Civile*. Jovene Editore, tercera edición, Nápoles, p. 335.

⁷⁷ Vid., De la Oliva Santos, Andrés, “Derecho Procesal Civil”, cit. nota n. 54, p. 164

⁷⁸ Vid., Gascón Inchausti, Fernando, “La terminación”, cit. nota n. 36, p. 34.

visualiza la existencia de un interés en la acción? ¿Debe permitir la tramitación íntegra del proceso? ¿Puede el Derecho Procesal disponer una forma más razonable y con mayor eficacia para repeler aquellas solicitudes de tutela que carecen de interés?

Al respecto considero sumamente representativa la idea de Gascón⁷⁹ en el sentido que el interés es el detonante y el motor de la actividad jurisdiccional que sólo se justifica por su propia necesidad; y esto, explica Gascón, “permite llegar a la conclusión de que es contrario al orden público el desarrollo de un proceso que es a todas luces innecesario.”⁸⁰

Algunos autores han postulado la precariedad e innecesidad del concepto interés para accionar y su sustitución por una eventual “imposibilidad de juzgar”.⁸¹ La exigencia de un interés respecto de quien pretende frente a un tribunal no mira exclusivamente a la proscripción de declaraciones teóricas por parte de los tribunales. También denota la idea de un daño o lesión al derecho subjetivo que no tiene porqué coincidir con una “imposibilidad de juzgar”. Esta última institución acoge más bien situaciones donde la pretensión carece de significación jurídica. En efecto, afirma Guasp que la falta de significación jurídica de la pretensión –que es a mi juicio un caso ostensible de carencia de interés en la acción– hace al acto inatendible, esto es, inidóneo para producir ninguna clase de efectos procesales, ni quiera el mínimo de que el juez se ocupe de él⁸². Si una determinada postulación de parte carece de una mínima significación jurídica –no hay conflicto de relevancia jurídica– entonces el tribunal no tiene el deber de someter dicha postulación a idénticos trámites de las pretensiones que cumplen al menos con una apariencia de acogibilidad.

El ciudadano que pide al tribunal que declare el amor profundo que siente sobre su cónyuge claramente no está en la misma situación de aquel que pide la declaración del incumplimiento de una obligación que aun no es exigible. En la primera hipótesis hay una clara imposibilidad de juzgar en cuanto se trata de una situación que escapa, con creces, del ámbito regulado por el Derecho, carece de toda significación jurídica y se encauza dentro de la noción defendida por Guasp; en cambio, en la segunda, hay un conflicto que es objeto de regulación por el Derecho pero se carece de interés en la tutela jurisdiccional y, por ende, se trata de una tutela innecesaria. En ambos casos, ciertamente, quien pretende carece de un interés en sentido amplio y la intervención de los órganos jurisdiccionales resulta prescindible e innecesaria. Aun cuando pueda

⁷⁹ *Ibid.*, p. 31.

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ Peyrano, Jorge Walter: “*El proceso*”, cit. nota n. 12, pp. 59 y siguientes.

⁸² Guasp, Jaime, “*La pretensión*”, cit. nota n. 21, p. 77.

haber titularidad patente del derecho subjetivo se carece de interés en obtener una tutela jurisdiccional concreta⁸³. Por ende, la distinción ensayada carece de relevancia práctica.

La pregunta lógica que se deriva de lo expuesto es si el “interés para accionar” encuentra un acomodo dogmático en el PCPC que permita afirmarlo como tal y fundar el rechazo *in limine* de una pretensión sobre la base de su inexistencia. Desde luego que no es posible verificar en norma alguna la exigencia del interés para actuar, como sí se advierte en otros ordenamientos como el italiano (Art. 100 del *Codice di Procedura Civile*). Ello no significa que una pretensión que carezca de interés pueda ser objeto de un proceso completo.⁸⁴ Me parece que frente a una identidad de justificación debe proceder una identidad de tratamiento; en consecuencia, frente a una petición de tutela que carece de interés es justificable que el ordenamiento confiera al juez un poder para evitar el trámite completo de la pretensión que a todas luces aparece innecesario, para dar paso a una respuesta inmediata, pero fundamentada, a dicha petición.

4.3.3. La accionabilidad (elemento *petitum*)

Otro elemento de la acción en el cual puede efectuarse un juicio *ad initio* que puede demostrar la inutilidad de proseguir con la sustanciación del proceso, es la accionabilidad, entendida, en palabras del profesor De la Oliva, como aquella “posibilidad general que se otorgue el *petitum*.”⁸⁵ Hay accionabilidad cuando la tutela pretendida es permitida por el ordenamiento, o en mejores términos, “si la tutela solicitada en el proceso es algo que válidamente se deriva del derecho o situación análoga afirmada.”⁸⁶ Doctrinariamente el *petitum*, como elemento que conforma el objeto del proceso, ha sufrido una bifurcación que atiende a lo que se persigue a través del proceso: se habla, en primer término, de un objeto inmediato compuesto por el tipo de tutela que se solicita al tribunal, esto es, declarativa, constitutiva o de condena. El ciudadano pide al tribunal que dicte una resolución en determinado sentido. Por

⁸³ Vid., De la Oliva Santos, Andrés, “Derecho Procesal Civil”, cit. nota n. 54, p. 164.

⁸⁴ El juez, en el caso de la litispendencia, cuando se inicia un nuevo proceso con idéntico objeto puede negarse a la tramitación del segundo proceso. En este supuesto, se dice por la doctrina, también suena latente la idea de falta de interés, en la medida que la relación jurídica controvertida, y por ende los derechos e intereses que se disputan, ya están siendo objeto de tutela jurisdiccional en otro proceso. Nada nuevo tiene entonces que el juez pueda negarse a tramitación una pretensión por falta de interés, aun cuando hay que reconocer que a diferencia de la litispendencia, aquí la resolución del juez clausura toda controversia sobre la relación material.

⁸⁵ Vid., De la Oliva Santos, Andrés, 1980. *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional*, Bosch editor, Barcelona, p. 47.

⁸⁶ Vid., Gascón Inchausti, Fernando, “La terminación”, cit. nota n. 36, p. 26.

otro lado, se identifica un objeto mediato que recae sobre un bien material, derecho subjetivo o interés, que de acuerdo a la doctrina debe reunir ciertos requisitos mínimos como su licitud comercial y materialidad.

En términos generales el ejercicio intelectual que debe emprender el juez es relativamente simple: se debe confrontar la petición de la pretensión con la norma material que adjudica las consecuencias jurídicas a determinados supuestos de hechos, y verificar si el bien jurídico perseguido es material y jurídicamente posible. De no serlo, no cabrá duda que el *petitum* será revelador, sin otro elemento adicional, de la ausencia de fundamento de la pretensión.⁸⁷ Y en esto estriba, consecuentemente, una proposición interpretativa amplia de la potestad. En otras palabras, más allá de los usos interpretativos comunes, propongo un sentido del texto legal que respete la ordenación justificativa lógica de la institución. En efecto, si se mira e interpreta excepcionalmente la norma en cuestión, se podría llegar a la conclusión que la potestad del juez rige en los casos de manifiesta falta de fundamento jurídico entendido éste como sinónimo de causa de pedir. Por consiguiente, el poder para rechazar *in limine* la demanda sólo abarcaría los casos donde la causa de pedir se muestra manifiestamente carente de todo fundamento jurídico. Sin embargo, estancar este poder en el puro examen del fundamento sin deslizarlo a la petición no parece justificarse si se mira la razón legislativa justificatoria. Lo que se pide al tribunal si bien, dentro de los elementos de la pretensión, no es fundamento ni fundamentación permite perfilar un supuesto claro de innecesidad de tramitación íntegra de la pretensión. La economía procesal vale tanto en este caso como para el otro.

Por otro lado, un estudio cuidadoso de este caso permite descubrir dos escenarios diferentes, que si bien guardan rasgos comunes, indican dos cuestiones jurídicas nítidamente diferenciadas. En primer lugar, el juez debe efectuar un *examen interno* de la petición, sin recurrir a otro elemento extraño o ajeno a la misma, para luego determinar su acogibilidad abstracta. Pienso, en el supuesto donde alguien pretenda la prisión de una persona por mantener una deuda vigente; aunque el derecho subjetivo tenga plena existencia jurídica (crédito) y se muestre en un estado de insatisfacción que amerite la tutela judicial, si la petición del pretendiente se dirige a obtener del tribunal una declaración imposible, no tiene ninguna posibilidad de obtener una sentencia favorable al carecer la petición de apoyatura legal. El conocimiento de la imposibilidad jurídica o material de otorgar lo pedido o su no vinculación a la existencia del derecho subjetivo o interés legítimo, justifica la privación de la tramitación íntegra del proceso. Esto no significa que quede privado de renovar la pretensión enderezando

⁸⁷ De la Oliva Santos, Andrés: “El objeto”, cit. nota n. 5, p. 48.

la petición, puesto que en dicho caso no hay cosa juzgada. El segundo supuesto identificable dentro de la falta de accionabilidad se plantea cuando hay una discordancia objetiva entre el fundamento de la pretensión y de la tutela concreta que se pide. La pretensión aun cuando pueda presentar una completa ordenación lógica de argumentos fácticos concordados con los materiales normativos que resultan aplicables –es decir, tener un fundamento claro y preciso, y estar perfectamente fundamentada–, no puede ser objeto de un trámite completo cuando se observa que lo pedido resulta imposible o no se deriva de la relación jurídica concreta. Aquí hay un examen del *petitum* que requiere de *elementos externos* al mismo, y mira su conexión con el fundamento de la pretensión, es decir, con la causa de pedir. Este sería el caso, por ejemplo, cuando el ciudadano impetrando una pretensión resarcitoria fundamentada en el incumplimiento del contrato (proceso meramente declarativo de condena), solicite al tribunal pronunciarse sobre la nulidad del mismo (proceso constitutivo).

5.- La prohibición de *mutatio libelli* y la potestad para rechazar *in limine* la demanda.

La prohibición de modificación del libelo de demanda⁸⁸ y su rechazo *in limine* se encuentran estrechamente vinculadas. La ecuación sería la siguiente: si el ordenamiento permite a las partes para que, autónomamente o a sugerencia del juez, modifiquen *sustancialmente* sus planteamientos originales (hechos y/o derecho), ya sea en un etapa precisa o en cualquier etapa del proceso, entonces no cabría dotar al juez del poder para poner fin al proceso en su entrada cuando la pretensión parece carecer de los elementos jurídicos o fácticos necesarios para su acogibilidad. Si esta dicotomía fuese cierta entonces sí cabría poner en franca disputa los poderes del juez y los poderes de las partes. Sin embargo, no lo es.

En este sentido, el Art. 235 inciso 1º del PCPC permite la modificación sustancial de la demanda antes que haya sido contestada, por ende, una vez que el demandado ha opuesto su resistencia no cabe efectuar ningún tipo de variante. Por su parte, el inciso 2º de la misma disposición permite tan solo la agregación de hechos cuando fueren sobrevivientes, desconocidos o nuevos, pero nada agrega respecto a la modificación del derecho aplicado o la calificación jurídica. Por su parte, el Art. 254 N°1 del PCPC, permite a las partes agregar hechos nuevos en la audiencia preliminar, “*siempre que no modifiquen la pretensión o la defensa, así como aclarar su contenido si resultaren*

⁸⁸ Para un estudio profundo a nivel comparado de la posibilidad de modificar la demanda en el proceso civil, puede verse: Picó i Junoy, Joan, 2006. *La modificación de la demanda en el proceso civil*. Tirant lo Blanch, Valencia, 172 pp.

oscuro e impreciso, a juicio del Tribunal o de las partes.” Por último, la interposición de la demanda y su notificación genera el efecto de litispendencia.

Como se observa el actor puede modificar su demanda o agregar hechos nuevos, pero dicho poder tiene como límite el objeto del litigio, esto es, no puede modificar ninguno de los elementos que lo determinan: las partes, el *petitum* y su causa de pedir. Cualquier cambio de estas circunstancias genera un nuevo objeto litigioso.⁸⁹ Además uno de los principales efectos *ad intra* proceso que emanan del estado de litigio pendiente, es la inmovilidad del libelo, y para tal fin, se dispone no sólo la prohibición de modificar los elementos de la pretensión sino también la irrelevancia de todo cambio fáctico o normativo que se produzcan durante el proceso, de forma que se mantenga incólume la situación subjetiva u objetiva existente al momento de darse inicio al proceso.⁹⁰

Sin embargo, a mi juicio, el problema no puede centrarse en definir si el material jurídico de la demanda define o no la causa de pedir –lo que nos trasladaría a un problema doctrinario y jurisprudencialmente sin solución- sino se debe recurrir a una interpretación de la norma en cuestión. Aclarado esto, es decir, definido unos límites formales, la pregunta que surge es: ¿Qué debe entenderse por el poder conferido al actor de aclarar los puntos que resultaren oscuros o imprecisos en su pretensión? ¿Puede, en virtud de este poder, modificar el derecho expuesto en la demanda?

La interpretación de la norma en cuestión es vital para entender el fondo de la institución. En primer lugar parece razonable aplicar un criterio de interpretación sistemático. No resulta coherente sustentar, por una parte, un poder general al juez para rechazar *ad initio* una demanda cuando su elemento jurídico parece manifiestamente impresentable para ser objeto de un proceso y, al mismo tiempo, dar la posibilidad a las partes de que corrijan de manera sustancial, durante la audiencia preliminar, los yerros en la calificación jurídica, que es un caso de manifiesta carencia de fundamentación. En segundo lugar, la norma en cuestión plantea un límite preciso al poder del actor para modificar su demanda: la defensa del demandado. Si el actor pudiese modificar su demanda en la audiencia preliminar arguyendo una nueva calificación jurídica a los hechos propuestos, dejaría al demandado indefenso al no

⁸⁹ Vid., Castillejo Manzanares, Raquel, 2006. *Hechos nuevos o de nueva noticia en el proceso civil de la LEC*. Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 53 y 54.

⁹⁰ Vid., Muñoz González, Luis. 2003. “Litispendencia. Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 9 de abril de 2002”, *Tribunales de Justicia*, N°6, p. 50. Rescata, desde el plano procesal, aquel efecto de irrelevancia de los cambios: Salas Carceller, Antonio. 1997. “La litispendencia y sus relaciones con la cosa juzgada”, *Revista General de Derecho*, N° 628/629, p. 82.

poder discutir los aspectos jurídicos de la controversia, es decir, aun cuando se pueda argumentar que no hay modificación de la pretensión, sí hay una afectación al derecho de defensa.⁹¹ Es este además uno de los fundamentos que resalta la doctrina frente al efecto de la litispendencia.⁹² En tercer lugar, de seguirse una interpretación que admitiera la posibilidad de que el actor altere la calificación jurídica efectuada en la demanda, más convendría al demandado silenciar la verdadera o real calificación de los hechos, que hacerla valer como motivo de rechazo de la pretensión. Esto es, el demandado, sino quiere que el actor enmiende el rumbo jurídico de su demanda, le conviene guardar silencio y no defenderse con aquella errada calificación.

Luego, la conjugación de estas dos normas del PCPC y la consagración de la prohibición de la *mutatio libelli*, que tiene por objeto, siguiendo a Castillejo Manzanares, imponer a las partes la preclusión en alegaciones de manera que el objeto del proceso y los términos del debate queden definidos lo antes posible, de manera que si no hacen valer las alegaciones dentro de las etapas previstas por el legislador, se extingue el derecho de hacerlas valer con posterioridad.⁹³ La prohibición de *mutatio libelli* constituye la regla, y en el sistema español si bien se contemplan excepciones (más bien matizaciones) siempre está el expreso límite de no alterar el cambio en la causa de pedir.⁹⁴ En todo caso, se trata de una cuestión de estricta oportunidad legislativa, de la opción de dotar a un proceso de espacios de preclusión más o menos rígidos.

Cabe precisar que en relación al símil español, el PCPC sólo faculta a las partes a aclarar los contenidos oscuros o dudosos y no para efectuar *complementaciones* a las alegaciones de las partes.⁹⁵ Esto significa que se trata de un poder más reducido y se

⁹¹ Incluso podrían darse situaciones donde el cambio de calificación jurídica pueda significar prueba de otros hechos, en principios irrelevantes y respecto de las cuales las partes no han ofrecido prueba. O sea, esta temática es mucho más amplia y significativa que la privación de las alegaciones necesarias para controvertir las de la contraparte o del juez.

⁹² Resulta particularmente interesante lo expuesto por Málaga, quien reconociendo la relatividad de la ficción de inmutabilidad que siempre ha supuesto la litispendencia, afirma que es indudable que se quiebra la litispendencia si existe una modificación del objeto litigioso que produzca indefensión a alguna de las partes, puesto que ésta se vería penalizada por un hecho posterior a la litispendencia que habría comprometido la eficacia del juicio en lo que en dicha parte se refiere. No obstante, bastaría garantizar una contradicción o posibilidad de defensa para desaterrar toda apreciación de quiebre de la litispendencia. En simples palabras, esta institución se proyecta en la garantía del contradictorio y la defensa. Cfr. Málaga Diéguez, Francisco, 1999. *La litispendencia*. Bosch Editor, Barcelona, pp. 48 y siguientes.

⁹³ Cfr. Castillejo Manzanares, Raquel, "Hechos nuevos", cit. nota n. 89, pp. 59 y 60.

⁹⁴ Para una extensa y completa revisión de la preclusión procesal y la variación de la calificación jurídica efectuada en la demanda puede verse: Vallines García, Enrique: "La preclusión", cit. nota n. 40, pp. 210 y siguientes.

⁹⁵ Es el Art. 426.1 y 2 de la LEC 1/2000, el que confieren a las partes el poder de efectuar, en la audiencia previa, las complementaciones y aclaraciones necesarias en relación a sus alegaciones iniciales.

impide a las partes agregar hechos diferentes a los propuestos en la demanda y que puedan restar eficacia a la contestación.⁹⁶ El poder de aclarar no se extiende a la agregación de hechos o argumentos nuevos sino que se aportan explicaciones que permiten resolver las dudas, imprecisiones u oscuridades en relación al contenido de los escritos o argumentos ya expresados.⁹⁷

En consecuencia, no pudiendo el actor modificar en términos sustanciales su demanda, por impedirlo el efecto de litispendencia y la prohibición de *mutatio libelli*, el juez es libre para ejercer su poder de rechazo *in limine* cuando los hechos aparezcan, de forma manifiesta, mal calificados jurídicamente. O bien cuando el interés invocado no está protegido o lo peticionado no emana directa e inmediatamente del derecho subjetivo o interés legítimo invocado.

6.- La potestad de rechazar *in limine* la demanda y el derecho a la tutela judicial efectiva

Gran parte de la doctrina que se ha preocupado por el estudio de esta potestad judicial ha tenido que sortear, de manera obligada, una de las objeciones más comunes: la infracción a tutela judicial efectiva.

Parte de la doctrina ha pretendido tachar de inconstitucional el poder reconocido al juez para rechazar *in limine* la demanda, por estimar que afecta el derecho del actor a la tutela judicial efectivo o también conocido como derecho de acción. Así, De la Torre Ruiz frente a la pregunta acerca si el juez puede inicialmente denegar una pretensión que aparece revista del ropaje jurídico-procesal, pero que se muestra como manifiestamente improsperable, postula, derechamente, una respuesta negativa. Su fundamento lo basa en que tal potestad infringe el derecho a la tutela judicial efectiva que se encuentra constitucionalmente consagrado, y que tal derecho corresponde tanto a los titulares efectivos y reales de los derechos subjetivos como aquellos que dicen ostentarlos.⁹⁸ Montero Aroca, por su parte, señala que a partir del Art. 24.1 de la Constitución Española, se debe llegar a la conclusión que el derecho a la tutela judicial

⁹⁶ La fórmula no deja de ser criticable, ya que impide al actor formular alegaciones que sin alterar su pretensión tiendan a restar eficacia a las excepciones materiales hechas valer por el demandado, como sería el caso, por ejemplo, del actor que opuesta la prescripción de la acción, se ve impedido de alegar en forma complementaria, la interrupción o suspensión de la misma. *Vid.*, Cortés Domínguez, Valentín, “Derecho Procesal Civil”, cit. nota n. 2, p. 195.

⁹⁷ *Vid.*, Banacloche Palao, Julio, “La otras finalidades de la audiencia previa al juicio” en *El tratamiento de las cuestiones procesales y la audiencia previa al juicio en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas, Madrid, 2005, pp. 297-360.

⁹⁸ Cfr., De la Torre Ruiz, José, “El derecho a la tutela jurisdiccional y la duración del proceso” en *Primeras Jornadas de Derecho Judicial*, Presidencia del Tribunal Supremo, Secretaría Técnica, Imprenta Ministerio de Cultura, Madrid, 1983, p. 199 (197-213).

efectiva supone, en primer lugar, la admisión de la demanda por parte del órgano jurisdiccional, siendo su rechazo *in limine* una clara negación al derecho a la tutela judicial efectiva.⁹⁹ A mi juicio, ambas posiciones doctrinales amen de erradas desde el plano jurídico carecen de una motivación suficiente desde el plano del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva. Por tal motivo, me parece que la potestad judicial en cuestión no puede colocarse en entredicho frente a la tutela judicial efectiva –como pretende esta doctrina– sino más bien frente al debido proceso. En otras palabras, esta hipótesis implica afirmar que el reconocer al juez un poder general para rechazar *ad limine* la demanda no pugna con el derecho a la tutela judicial efectiva, pero sí podría ser con la exigencia de un justo o debido proceso. Comenzaré por hacerme cargo de la primera afirmación para luego, en el próximo apartado, intentar compatibilizar esta potestad con las exigencias constitucionales de un proceso racional y justo.

Ciertamente definir los extremos del contenido de la tutela judicial efectiva es un trabajo complejo; la evolución que ha tenido este concepto en el ámbito de la jurisprudencia constitucional española –referente obligado de la nuestra– ha ido ahuyentando la opción de reducir su perfil delimitador a una unidad sistemática.¹⁰⁰ Incluso en reiteradas ocasiones se ha querido, intencionalmente o no, confundirlo con el derecho a un debido proceso.¹⁰¹ Ambos derechos toman una virtualidad de modo inescindible dado que operan simultáneamente, pero pueden ser delimitados en teoría. Una buena síntesis explicativa de la delimitación de las garantías tutela judicial efectiva-debido proceso, es alcanzada por Vallespín Pérez quien manifiesta: “aún reconociéndose la íntima conexión entre ambos derechos a través de la interdicción de la indefensión, lo más acertado hubiese sido distinguir nítidamente entre el *derecho a la tutela judicial efectiva*, configurado como el derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales para la obtención de una sentencia motivada y fundada en Derecho, a ser posible sobre el fondo, que con todos los efectos de la cosa juzgada ponga fin al litigio, y en su caso, para su ejecución; y el derecho a un proceso con todas las garantías, en el que tendría cabida la protección de los demás derechos de incidencia procesal.”¹⁰²

⁹⁹ Cfr., Montero Aroca, Juan, “*Derecho Jurisdiccional II*”, cit. nota n. 3, pp. 191.

¹⁰⁰ Vid., Bonet Navarro, Ángel, “El acceso”, cit. nota n. 28, pp. 20 y siguientes.

¹⁰¹ Es lo que ha sucedido en el derecho español tras una serie de fallos del Tribunal Constitucional de dicho país, que ha extendido la garantía de la tutela judicial efectiva a ciertas hipótesis que se adscriben derechamente en las garantías procesales del debido proceso, entre ellas la prohibición de indefensión. Vid., Moreno Catena, Víctor, et. al: *Derecho procesal civil*, 1992. Tomo I, Vol. I, parte general, sexta edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, p. 180. Ha coadyuvado a esta confusión cierta parte de la doctrina que sigue afirmando que el derecho al libre acceso a los tribunales se concreta además en que sea posible el sustanciamiento de un procedimiento con todas sus garantías. Cfr. De Bartolomé Cenzano, José Carlos, 2003. *Derechos fundamentales y libertades públicas*. Tirant lo Blanch, Valencia, p. 222.

¹⁰² Vallespín Pérez, David, 2002. *El modelo constitucional del juicio justo en el ámbito del proceso civil*. Atelier, Barcelona, p. 69.

Por ende, para determinar si hay afectación a la tutela judicial efectiva se hace indispensable precisar, en un primer momento, cuál es el contenido esencial de este derecho, para después comparar tal contenido con la utilización efectiva de la potestad.

En efecto, siguiendo a la mayoría doctrinal, se puede afirmar que la tutela judicial efectiva tiene un contenido preciso que, en un orden cronológico, se despliega en que la pretensión del justiciable sea atendida por un tribunal, quien debe dictar una sentencia, en principio, sobre el aspecto sustantivo de la controversia y su eventual y posterior ejecución.¹⁰³ El derecho a la tutela judicial se agotaría, por lo tanto, en el acceso a la jurisdicción y en la dictación de una sentencia motivada en derecho. En plano de la dogmática constitucional chilena puede llegarse a similar conclusión; así, el Art. 19 N°3 inciso 1° de la CPR es el que contiene el derecho de acción o tutela judicial efectiva, mientras el inciso 5° del mismo precepto es que exige que la sentencia del órgano que ejerce jurisdicción sea precedida de un proceso legalmente tramitado.

Si esto es así, el poder del juez de que venimos hablando, no debería pugnar en su contenido con el derecho de acción, puesto que el juez decide y atiende efectivamente la pretensión del ciudadano, mediante una sentencia motivada en derecho. En otras palabras, el ciudadano promueve una actuación jurisdiccional que desemboca en una determinada, precisa y fundada decisión judicial, en consecuencia, ve satisfecho íntegramente su derecho a la tutela judicial. No hay un impedimento de acceso a los tribunales de justicia. El *iter* lógico del contenido del derecho se ve íntegramente cumplido cuando el juez rechaza *in limine* la demanda: en primer lugar, el ciudadano accede al tribunal mediante la interposición de una demanda, y constriñe automáticamente al tribunal a pronunciarse sobre la misma y; en segundo lugar, obtiene

¹⁰³ Vid., Cerdón Moreno, Faustino, "El derecho a obtener la tutela judicial efectiva" en *Derechos Procesales Fundamentales*, CGPJ, Madrid, 2005, pp. 215 a 219; Goig Martínez, Juan Manuel, et. al. 2006. *Dogmática y práctica de los derechos fundamentales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, p. 361; Picó i Junoy, Joan, 1997. *Las garantías constitucionales del proceso*. Bosch editor, Barcelona, pp. 40; Acosta Estévez, José, 1987. *Los derechos básicos del justiciable*, PPU, Barcelona, pp. 41 y 42; González Rivas, Juan José. 2000. "Análisis del artículo 24 de la C.E. desde la perspectiva de la reciente Jurisprudencia Constitucional", *Revista de Derecho Procesal*, N°s 1-3, pp. 151 y 152 (151 a 161); Cano Mata, Antonio, 1984. *El derecho a la tutela judicial efectiva en la doctrina del Tribunal Constitucional* (Artículo 24 de la Constitución). Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, p. 11; Moreno Catena, Víctor, et. al: cit. nota n. 101, pp. 179 y 180, quien define a la acción como "el derecho fundamental al proceso jurisdiccional que dé lugar a una resolución sobre el fondo del asunto cuando concurren los presupuestos procesales y los requisitos esenciales exigidos, así como al cumplimiento de lo ordenado por la resolución judicial." Vid., además sobre el contenido del derecho de acción: Moreno Catena, Víctor. 1984. "Sobre el contenido del derecho fundamental a la tutela efectiva", *Poder Judicial*, N° 10, pp. 41 a 46. Vid., además, pero excluyendo la tutela cautelar y la ejecución de las resoluciones judiciales dentro del contenido del derecho de acción, Bordalí Salamanca, Andrés. 2000. "El derecho fundamental de acción: un intento de configuración en el orden constitucional chileno", *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo XCVII, N°3, p. 94.

del órgano una respuesta a su pretensión motivada en Derecho. Otra cosa es que esa sentencia no sea favorable o que no venga antecedida del desarrollo completo del proceso.

Ahora bien, esta conclusión nos enfrenta a dos inconvenientes: en primer término a lo dicho por parte de la doctrina de que el derecho a la tutela judicial efectiva comprende, además, el “derecho a un proceso”, en el sentido que resulta inescindible a la decisión misma el cauce o medio por la cual se toma, es decir, que la decisión jurisdiccional debe venir precedida de un proceso seguido con arreglo a la legalidad.¹⁰⁴ Y, en segundo lugar, el claro tenor literal del Art. 19 N° 3 inciso 5° de la CRP que promueve de modo imperativo la exigencia de un proceso previo a toda decisión jurisdiccional. A mi entender, la cuestión pasa por diferenciar y separar, en el ámbito constitucional¹⁰⁵, el *derecho a un proceso* del *derecho a un debido proceso*. En efecto, para la Constitución no basta con que el órgano jurisdiccional de respuesta a la pretensión sino que es indispensable que esa decisión sea el resultado de un proceso previo legalmente tramitado, es decir, el cauce formal de decisión debe estar imbuido de ciertos principios jurídico-naturales que lo hacen identificable: igualdad de armas, dualidad de posiciones y contradicción. El ciudadano tiene el derecho a que su pretensión sea resuelta conforme al proceso legalmente establecido, respetando el órgano el principio de legalidad, entes que legitiman la actuación de la Justicia o jurisdicción y se transforman en rasgos esenciales del Poder Judicial.¹⁰⁶ De otra forma, no funcionaría la trilogía acción, jurisdicción y proceso. Pero esta dualidad jurisdicción-debido proceso, es válida sólo en el ámbito constitucional, más no para el plano teórico, donde los contornos de uno u otro derecho se encuentra perfecta e inequívocamente perfilados. En consecuencia, se debe afirmar que en el plano constitucional la tutela judicial efectiva conlleva un derecho a un proceso, pero no así un derecho a un proceso debido.¹⁰⁷

¹⁰⁴ Vid., Figueruelo Burrieza, Ángela, 1990. *El derecho a la tutela judicial efectiva*. Tecnos, Madrid, p. 74 y de la misma autora: 1983. “En torno al concepto de tutela efectiva de los jueces y tribunales (Artículo 24,1 de la Constitución Española), *Revista de Estudios Políticos*, N°33, p. 217 (207-219). Con todo, es deber aclarar que la postura de la autora es una traducción de la extensa, profusa y hasta confusa doctrina que el Tribunal Constitucional español ha mantenido respecto a esta garantía constitucional.

¹⁰⁵ Preciso que esta separación es válida sólo en el ámbito estático constitucional, puesto que en doctrina, acción, jurisdicción y proceso comprenden tres realidades separables del fenómeno procesal y no admiten un tratamiento unitario, por más que su operatividad práctica sea coetánea.

¹⁰⁶ Vid., Moreno Catena, Víctor, “La Justicia en acción” en *Justicia: Poder y Servicio Público*, CGPJ, (Gutiérrez-Alviz, Conradi, Director), Madrid, 2007, p. 301.

¹⁰⁷ Como lo afirma Bordalí el derecho a un debido proceso garantiza que la respuesta judicial será fruto de una actividad que respete ciertos requisitos o principios del andar procesal que permitan legitimar de un mejor modo la justicia de la decisión judicial. Vid., Bordalí Salamanca, Andrés, “El debido proceso civil” en *La constitucionalización del Derecho Chileno*, Universidad Austral de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 257.

En este sentido, me parece claro que la potestad judicial de rechazar *in limine* la demanda, en la medida que respete los cauces formales establecidos en las reglas del procedimiento (que la pretensión esté infundada y que dicha falta de fundamentación sea manifiesta), no afecta el derecho a la tutela judicial efectiva, por más que en dicho estadio no haya existido, efectivamente, contradicción.¹⁰⁸ La pretensión se resolvería conforme al proceso legalmente establecido. Así, el operador que pretenda cuestionar la constitucionalidad de tal potestad deberá apelar a la inexistencia de un proceso debido, o a la inexistencia de un proceso racional y justo. Este desafío es el que pretendo hacerme cargo en el apartado siguiente.

7.- Debido proceso y potestad para rechazar *in limine* la demanda

Es aquí donde me parece que puede cuestionarse la legitimidad de la potestad judicial que se analiza. Sentado que el pronunciamiento prematuro de la pretensión no afecta el derecho constitucional del ciudadano de acceso a la jurisdicción como tampoco su derecho a un proceso, se debe sortear otra duda de legitimidad: ¿el rechazo *ad initio* de una determinada pretensión puede ser considerado un proceso justo y racional?¹⁰⁹ Al respecto no se debe olvidar que el constituyente en el Art. 19 N°3 inciso 5°, aparte de fundar el imperativo constitucional del proceso previo para toda decisión jurisdiccional, exige que dicho proceso previo obedezca a ciertas pautas de racionalidad y justicia. En resumidas palabras, exige que el legislador cree para la resolución de conflictos un debido proceso.

A mi parecer reconocer al juez el poder de resolver *in limine* una pretensión sin necesidad de desarrollar un proceso íntegramente es una decisión de política legislativa emparentada a la reducción de la duración y costos del procedimiento y que no afecta el derecho del justiciable al debido proceso. Esta afirmación requiere, desde luego, una explicación.

¹⁰⁸ La ausencia previa de contradicción al ejercicio de esta potestad no resulta cuestionable, desde que no significa su supresión sino de un aplazamiento temporal para el evento de promoverse un recurso en contra de la resolución que rechaza *in limine* la demanda (Resulta aplicable el Art. 248 inciso 3° del Anteproyecto, que ordena notificar la resolución que declara inadmisibile la demanda junto al recurso interpuesto, antes de ser elevado el proceso al tribunal superior. Si bien este supuesto, como se dijo, dista mucho de ser una cuestión de mera admisibilidad, no hay razones para no seguir este mismo procedimiento). Esto nada nuevo tiene el concierto del Derecho Procesal moderno que admite ciertas instituciones que operan *inaudita altera pars*, sin necesidad de escuchar a todos los interesados, aplazando la contradicción eventualmente a la oposición o impugnación de la resolución judicial respectiva.

¹⁰⁹ *Vid.*, en similar sentido: Bertolino, Pedro, 2003. *El derecho al proceso judicial*. Temis, Bogotá, p. 25. Bertolino habla de la posibilidad de admitir que una pretensión sea juzgada “sin proceso” (entrecomillado del autor), a diferencia de lo que aquí sostengo acerca de la posibilidad de objetar la legitimidad de un “debido proceso.”

En efecto, como explica, entre otros, el profesor Barbosa Moreira, si el patrón modelo del proceso civil de cognición es inevitablemente complejo, lento y dispendioso, no siempre valdrá la pena imponer a los pleitos observarlo, es decir, a recorrer enteramente su itinerario.¹¹⁰ Agrega que la tramitación total, íntegra o completa del proceso tan sólo se justifica cuando sea *útil y necesaria*; útil por no parecer como probable que algo venga a impedir la sentencia de fondo. Serían las hipótesis de inutilidad del proceso los casos de insubsanabilidad de presupuestos de validez o condiciones legales de admisibilidad de la acción.¹¹¹ De idéntica manera, sería necesaria la tramitación íntegra del proceso, cuando por no poder disponer, sin cumplimentar todo el trayecto, de los elementos que el juez precisa para proferir semejante resolución. Sería un caso patente de innecesidad de tramitación íntegra del proceso cuando aun sin búsqueda y aportación de pruebas cualquiera o con la búsqueda y aportación de algunas pruebas ya se puede llegar a un juicio seguro sobre los hechos relevantes.¹¹²

En este entendido la estructura de un modelo procesal que inste al juez a poner temprano término al litigio a través de un poder discrecional expresamente tipificado, no debería pugnar con la exigencia de un debido proceso, en la medida que en tal supuesto el trayecto íntegro y total de la pretensión no resulta *necesario*. En otras palabras, la supresión de algunas etapas del juicio no supone vulnerar las garantías constitucionales del proceso justo porque ellas resultan irrelevantes para la decisión final del juicio. La omisión deliberada del legislador del derecho de probar por parte del actor y demandado, y el derecho a la contradicción, no resultan contravenidos.¹¹³ En efecto, el derecho a la prueba o a “utilizar los medios de prueba pertinentes”, según el método español, no es un derecho absoluto e irrestricto, ya que contempla ciertos límites intrínsecos derivados de la utilidad, aptitud y pertinencia de los medios de prueba para justificar la verdad de los hechos relevantes.¹¹⁴ Aunque el actor pueda

¹¹⁰ Cfr., Barbosa Moreira, Juan Carlos. 1986. “Saneamiento del proceso y audiencia preliminar”, *Revista de Derecho Procesal*, N°1, p. 9.

¹¹¹ *Ibid.*, pp. 9 y 10.

¹¹² *Ibidem*.

¹¹³ Hago referencia a estas garantías por estimar que son las únicas que gozan de cierta disponibilidad, ya que las otras –imparcialidad del juzgador, derecho de defensa, igualdad de armas, contradicción, juez predeterminado por ley, etc.- forman parte de un núcleo irreductible de garantías que deben revestir toda actividad jurisdiccional y escasamente puede hablarse de “proceso justo” cuando un proceso no las contempla.

¹¹⁴ *Vid.*, Vallespín Pérez, David, “El modelo”, cit. nota n. 102, p. 75. La idea acerca de la intrascendencia de la prueba para efectos de la operatividad de esta potestad se encuentra presente en la exposición de motivos del Código Tipo del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal: “se trata de un caso en que manifiestamente la pretensión no podrá ser acogida, independientemente de los hechos alegados o las pruebas que se produzcan.” La exigencia de relevancia y necesidad de la prueba como presupuestos de la prueba ha sido unánime en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español. *Vid.*, Bandrés Sánchez-Cruzat, José Manuel, 1992. *Derecho fundamental al proceso debido y el Tribunal*

probar, contradecir y justificar completamente los extremos de su pretensión, la decisión final del juez no cambiaría en absoluto dado que dicha pretensión adolece de una manifiesta falta de fundamento jurídico, es decir, de conformidad al ordenamiento. Si la prueba se hace irrelevante e innecesaria, como en este caso, cualquier privación del derecho de las partes adquiere también la misma significación.

Con esta interpretación asumo que puede construirse aquel ideal de “justo proceso” que señala Proto Pisani, como una síntesis relacional tanto entre las particulares garantías como entre garantías y eficiencia.¹¹⁵ Más allá de la particular potestad atribuida al juez, el modelo procesal debería, simplemente, tender a contribuir a una mayor eficiencia del aparato judicial por medio de la creación de instituciones y mecanismos que junto a brindar una tutela preventiva (tutela cautelar, por ejemplo) pueda desterrar del ámbito procesal toda pretensión manifiestamente infecunda. En esto consiste, precisamente, el esfuerzo interpretativo que se emprende: lograr una síntesis entre las garantías que exige cumplimentar el debido o justo proceso y la necesidad de actuar un proceso eficiente y eficaz, que tenga la capacidad de discernir qué pretensión merece una total tramitación y qué pretensión no es idónea para incoar un proceso íntegro. En este aspecto parece claro que el derecho a tramitar un proceso íntegro se concretaría a través de una exigencia legalmente prevista: la *fundabilidad mínima de la pretensión*. Sólo las pretensiones mínimamente fundadas merecen la tramitación completa del proceso.

En este sentido, parece razonable sostener que con la misma fuerza con que el ordenamiento procesal permite al actor obtener en forma adelantada todo o parte de lo que pretende con la sentencia de fondo, también es posible articular un modelo que impida, en forma prematura, desarrollar un proceso que se sabe infecundo, estéril e incapaz de llevar a buen término. Ambas son técnicas adelantativas, en el sentido que anticipan en todo o parte el contenido de una sentencia final y son mecanismo que el Derecho Procesal moderno ha sabido conjugar con las garantías de las partes, cada vez más tuteladas y protegidas.

De todas maneras, para que este poder no se transforme en un pseudo cauce

Constitucional. Aranzadi, Navarro, pp. 358 y siguientes. En similar sentido, González Rivas, Juan José: “Análisis del artículo 24 de la C.E.”, cit. nota n. 103, p. 157.

¹¹⁵ Proto Pisani, Andrea. 2005. “El nuevo artículo 111 de la Constitución y el justo proceso civil”, *Revista Peruana de Derecho Procesal*, Vol. VIII, p. 426. Cabe precisar que Proto Pisani añade una serie de garantías dentro de un núcleo mínimo irreductible dentro del cual parece agregar a la prueba. Tal postura debe ser matizada por lo ya indicado, en el sentido que el derecho a probar solo será de existencia contingente, en la medida que el juez estime que una pretensión o resistencia esté necesitada de prueba.

legítimo que sobrelleve todas las pretensiones que se “crean” infundadas, resulta vital reconocer en su operatividad aquella exigencia que cualifica la infundabilidad de la pretensión: su carácter manifiesto. Como lo indicaba Berizonce: “el conocimiento en el mérito es propio, por principio, del estadio decisorio, su anticipación se justifica *excepcional y únicamente* por las razones de interés general que hacen a la buena marcha del servicio, el cual quedaría indudablemente comprometido de no evitarse el dispendio inútil de actividad procesal, y a condición –claro está- de que la infundabilidad de la demanda aparezca manifiesta, evidente, notoria, de los propios términos en que fue concebida.”¹¹⁶

8.- ¿Qué debe entenderse por pretensión manifiestamente infundada?

Una de las características vitales de la potestad judicial que se analiza consiste en la comprobación de una particular cualidad de la pretensión que hace que el rechazo *in limine* de la misma se transforme en legítimo. En otras palabras, no todo rechazo en la antesala del juicio de una pretensión es válido, por mucho que el juez pueda arribar para tal efecto a una solución puramente jurídica; para que el poder del juez no se transforme en un colador ilegítimo de pretensiones y se cumpla revele su carácter excepcional, es necesario que ésta adolezca de una manifiesta falta de fundamentación. Y esta especial característica tiene una especial importancia dada su significación sistemática. No es pocas ocasiones el PCPC llama al juez a rechazar de plano ciertas postulaciones o actuaciones de las partes cuando aparecen manifiestamente improcedentes o aparecen de manifiesta ciertas circunstancias.¹¹⁷ Por ende, lo que pueda entenderse por tal expresión, en el supuesto que se analiza, tiene la misma significación en los otros tantos empleados en el PCPC. Veamos que dice la doctrina al respecto.

Berizonce señala que una pretensión aparece objetivamente improponible – fórmula que coincide con la manifiesta infundabilidad- cuando es manifiesta, evidente, que aflora sin más y puede revelarse al cabo de la sola verificación liminar (...) Se trata de la decisión sobre el fondo de las pretensiones, cuando éstas desde su misma proposición se manifiestan inequívocamente como sin fundamento en su mera

¹¹⁶ Berizonce, Roberto Omar, “Saneamiento”, cit. nota n. 11, p. 93 y en el mismo sentido: Morello, Augusto y Berizonce, Roberto, “Improponibilidad” cit. nota n. 25, p. 789.

¹¹⁷ Es el caso del Art. 6 inciso 4º “*También podrá limitar el tiempo del uso de la palabra a las partes que debieren intervenir durante el juicio, fijando límites máximos igualitarios para todas ellas o interrumpiendo a quien hiciere uso manifiestamente abusivo o impropio de su facultad.*” Art. 27 N°6: “*Rechazar las pruebas ilícitas, las que recaigan sobre hechos de pública notoriedad como las manifiestamente sobreabundantes, inconducentes e impertinentes.*” Misma exigencia se contempla en los artículos: 148 inciso 2º, 172 N°4 inciso 2º, 203, 367, entre otros.

confrontación con el ordenamiento jurídico vigente.”¹¹⁸ Reyes, por su parte, hace especial hincapié a que el examen de la demanda que de entrada efectúa el juez “no debe requerir un esfuerzo de técnica jurídica distinto al del promedio, ya que en tal caso, la improponibilidad no sería manifiesta.”¹¹⁹ De la Rúa, por otro lado, coloca énfasis en la “certeza absoluta” que debe adquirir el juez de que la pretensión del actor no tendrá éxito alguno en caso de substanciarse todo el proceso.¹²⁰ Para Vescovi la falta de los requisitos de la acción, para facultar su rechazo *in limine*, deben ser “evidentes”, por cuanto se trata de una facultad excepcional que los tribunales deben utilizar con mucha mesura.¹²¹ Casi idéntica calidad atribuye Arazí a la pretensión susceptible de ser rechazada *in limine*: debe advertirse de forma clara y evidente que no se encuentran cumplidos los requisitos de la acción.¹²² Peyrano, sin precisar qué debe entenderse por pretensión objetivamente improponible sin recurrir a su carácter manifiesto, nos indica que al juez no debe caberle duda acerca de tal característica de la pretensión, se trata de un juicio de proponibilidad severo, estricto y que ante la duda, la pretensión debe reputarse proponible.¹²³

A mi juicio, definir cuándo una pretensión está manifiestamente infundada no es una cuestión que pueda medirse con parámetros puramente objetivos, aunque es efectivo que la fórmula legislativa pretende claramente imponer un umbral mínimo para la operatividad de la potestad. Ahora bien, esto no impide que no puedan esbozarse algunos parámetros para precisar los contornos que hacen posible el rechazo *in limine*.

En primer término, a la luz de la doctrina resumida, parece claro que una primera exigencia es de claro contenido objetivo: la carencia de fundamento debe resultar evidente, irrefutable, indudable o axiomático. Esta debe aparecer de la sola lectura de la demanda y su confrontación con el ordenamiento jurídico, sea que lo pedido no guarde relación con los hechos o con el derecho subjetivo e interés que se intenta tutelar, sea que la causa de pedir se muestra completamente inidónea para lo pretendido. Como se trata de una falta de fundamentación del tipo jurídica no caben juicios sobre posibilidad, dificultad o falta de medios de pruebas ofrecidos en la demanda.

¹¹⁸ Berizonce, Roberto Omar, “Saneamiento”, cit. nota n. 11, p. 93.

¹¹⁹ Reyes Oehninger, Alberto. 1992. “La improponibilidad de la demanda en el C.G.P.”, *La Justicia Uruguaya*, Tomo CIV, p. 75 (73-76).

¹²⁰ Cfr. De la Rúa, Fernando, “Rechazo” cit. nota n. 25, p. 153.

¹²¹ Cfr., Vescovi, Enrique, “El rechazo”, cit. nota n. 23, p. 117.

¹²² Cfr., Arazí, Roland, “La demanda”, cit. nota n. 10, p. 45.

¹²³ Peyrano, Jorge W., “Rechazo”, cit. nota n. 11, p. 232.

Una buena ayuda para el operador sería seguir aquella tipología de los hechos que pueden formar parte de un supuesto de hecho normativo.¹²⁴ Al efecto la doctrina distingue entre tres clases de hechos: los *hechos determinados descriptivamente*, donde el enunciado normativo viene determinado en términos descriptivos o factuales, de forma que la verificación de los hechos del enunciado es semejante a la de cualquier otro enunciado de un hecho del mundo físico. Luego, estarían los *hechos determinados valorativamente*, donde el legislador para identificar el supuesto de hecho de la norma suele utilizar términos o expresiones que tienen un carácter valorativo. Por último, existe un tercer tipo de hechos que serían los *determinados de modo relacional*, donde el supuesto de hecho de una norma es determinado mediante una remisión y en relación a otra norma jurídica.

A mi parecer, el enunciado *normativo del tipo descriptivo* se aviene mejor a la idea de manifiesta infundabilidad. En la medida que la constatación de la disconformidad entre el presupuesto de hecho de la norma y el supuesto de hecho alegado en la pretensión es fácilmente constatable, el juez podría, sin más, rechazar la demanda cuando no hay una vinculación o coincidencia entre ambos. Distinta es la situación con los enunciados normativos del tipo valorativo porque requieren, por lo general, de un esfuerzo jurídico adicional, un necesario análisis y ponderación incompatible con el carácter manifiesto que exige la falta de fundamento.

Un segundo elemento, que se añade al anterior en términos de compatibilidad y no de exclusión, que debería identificar el carácter manifiesto de la carencia de fundamentación es uno de naturaleza subjetiva: me parece que se debe exigir al juez llegar a una convicción jurídica cercana a la *certeza absoluta* sobre la improcedencia de la pretensión deducida. En otras palabras, el estándar “manifiestamente infundada” sirve como una suerte de regla de juicio positiva, en el sentido que frente a la duda, indecisión e incertidumbre sobre el juicio jurídico de prosperidad de una pretensión, el juez debe dar marcha al juicio y declarar su admisibilidad.

Estos dos elementos que deberían informar el juicio de proponibilidad que efectúa el juzgador a la pretensión deducida, resaltan la naturaleza excepcional de la potestad judicial e impiden que efectivamente con este poder se pueda vulnerar la exigencia de un proceso debido.

¹²⁴ Vid., Ezquiaga Ganuzas, Francisco: “*Iura novit curia*”, cit. nota n. 45, pp. 74 a 78, quien sigue muy de cerca la tipología expuesta por Wróblewski. Cfr., Wróblewski, Jerzy, “Los hechos en el derecho” en *Sentido y Hecho en el Derecho*, Editorial Fontamara, segunda edición, México, 2008, pp. 262 y siguientes. Vid., también: Taruffo, Michele, 2002. *La prueba de los hechos*, Editorial Trotta, Madrid, pp. 128 y siguientes.

9.- Conclusiones.

La potestad reconocida en el PCPC al juez para rechazar *in limine* una demanda cuando es manifiestamente infundada carece de toda tradición en nuestro Derecho Procesal, aun cuando es posible afirmar la existencia de ciertos controles *in limine* en apariencia similares. En este sentido, la potestad en cuestión tiene una serie de ramificaciones en distintos institutos del Derecho Procesal, como el principio de *iura novit curia* y la *mutatio libelli*, y determina a la postre una determinada interpretación de la cabida de dichos institutos.

En este aspecto, para ser empleada eficazmente debería ser interpretada de modo amplio, de manera de dar cabida a más situaciones de las que literalmente admite, estableciendo como mecanismo de contrapeso a esta amplitud, una exigente determinación del requisito cualitativo que autoriza el rechazo *in limine* de la pretensión: su manifiesta infundabilidad. De este modo, se pueden incluir casos donde no cabe hablar estrictamente de una pretensión “infundada” (entendida la fundamentación como causa de pedir) pero se trata de solicitudes de tutelas imposibles de ser acogidas. Es el caso, de una pretensión sobre la cual se carece de todo interés en la tutela como también los casos donde lo pedido al tribunal no guarda relación con el derecho subjetivo o interés legítimo invocado como fundamento.

Para este efecto, tal como se ha dicho, es indispensable que el juez actúe férreamente el requisito de la “manifiesta infundabilidad”, exigiendo la concurrencia copulativa de dos criterios: uno objetivo, derivado de una carencia de fundamentación evidente e irrefutable, y uno subjetivo que toma en cuenta la certeza del juez acerca de la absoluta imposibilidad de obtener un resultado próspero a través de la pretensión.