

EL RETORNO DEL INQUISIDOR
CRÍTICA A LA INICIATIVA PROBATORIA JUDICIAL

PRIMERA PARTE:

CRÍTICA A LOS FUNDAMENTOS PUBLICÍSTICOS
DE LA INICIATIVA PROBATORIA JUDICIAL EN
LOS PROCESOS CIVILES¹

1. SOBRE LA MODERNA COMPRENSIÓN DEL PRINCIPIO
DISPOSITIVO POR EL *PUBLICISMO*

El triunfo ideológico del liberalismo sobre el Antiguo Régimen y la instauración en el plano político del moderno Estado de Derecho liberal-burgués, trajo consigo una reducción considerable de la

¹ Por “procesos civiles” entiendo los de naturaleza no criminal, denominación que incluye al proceso civil en sentido estricto así como al de familia, laboral, etc.

intromisión del Estado en la sociedad civil. El nuevo principio básico de distribución (“esfera de libertad [del individuo] ilimitada en principio; facultad estatal de intervención, limitada en principio”)², tuvo sus repercusiones sobre la forma de concebir el proceso civil: el poder público, representado por el juez, debe abstenerse de cualquier intervención hasta el momento de dictar sentencia. Las partes son dueñas tanto de los derechos sustantivos en juego como de los procesales y, por ende, tienen completa libertad de disposición sobre los mismos. Bajo esta idea, el proceso civil se configuró sobre una amplia *dispositividad*. Así, las partes pueden libremente disponer del inicio y objeto del proceso; del material probatorio y del impulso procesal.

Conforme a la concepción liberal recién descrita el principio dispositivo se desglosa en:

² SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 2003, p. 184.

1) Principio de la demanda u oportunidad o de justicia rogada, designado también con los brocárdicos *“ne procedat iudex ex officio”* o *“nemo iudex sine actore”*, conforme a los cuales la actividad jurisdiccional sólo puede ser provocada a la instancia de parte. Implica, además, el señorío de las partes sobre la *litis*, de modo que, por ejemplo, los vicios procesales deben ser alegados por la parte interesada y no por el juez y el avance del proceso queda asimismo entregado a las partes, lo que se conoce como *“impulso de parte”*.

2) Principio de exhaustividad y congruencia, que se identifica con el brocárdico *“ne eat iudex ultra vel extra petita partium”*, según el cual el juez al resolver debe ajustarse estrictamente al objeto determinado mediante la actividad dialéctica de las partes, de manera tal que no puede conceder más de lo que las partes piden o algo distinto a lo pedido y debe necesariamente pronunciarse sobre todos los puntos discutidos en juicio.

3) Principio de aportación de parte, que se relaciona con el brocárdico *“iudex iudicare debet se-*

cundum allegata et probata partibus”, interpretado en el sentido que corresponde exclusivamente a las partes tanto la alegación de los hechos que dan fundamento a sus pretensiones como la agregación de los medios de prueba destinados a formar la convicción del juez respecto de aquellas alegaciones.

Tal comprensión del principio dispositivo imperó hasta el fin de la Segunda Guerra Mundial. Es cierto que ya a fines del siglo XIX, el proceso civil había comenzado a dar un giro en ciento ochenta grados con la Ordenanza Procesal austríaca de 1895, la cual, inspirada en las ideas del jurista FRANZ KLEIN, fortaleció las potestades formales y materiales del juez con miras al cumplimiento, ahora también en sede civil, de los fines del Estado. Pero en aquel entonces se comprendió con toda claridad que estos cambios revolucionarios eran *incompatibles* con el principio dispositivo³.

³ En un trabajo de 1914 (*Grundfragen und Reform des Zivilprozess*), Adolf WACH señaló sin ambages que el Reglamento de

En un contexto histórico de innegable autoritarismo, como el del Imperio Austro-Húngaro, la *superación* del principio dispositivo no planteaba ningún conflicto, ninguna incongruencia, ninguna disonancia, ni con el régimen político ni con la ideología que lo sustentaba. Por la misma razón,

KLEIN contradecía la naturaleza dispositiva del proceso Civil. Asimismo, en los años treinta del siglo veinte, SCHÖNKE enseñaba que la vigencia del principio dispositivo ya no era absoluta, llegando a afirmar que tal principio quedaba *más quebrantado* incluso que en el Derecho austriaco, en la legislación procesal civil húngara de 1911, en que la prueba de testigos podía practicarse de oficio aunque ambas partes se hubieran manifestado en contra u ordenarse la exhibición de un documento por una parte, sin que fuera preciso que ninguna de ellas lo hubiese invocado. SCHÖNKE, Adolf, *Derecho procesal civil*. Barcelona: Bosch, 1950, pp.31-38. Pero incluso más recientemente, a propósito de la iniciativa probatoria del juez que introducía la Ordenanza austriaca de 1895, FASCHING señala sin problemas que esta rompe definitivamente con los grilletes político-jurídicos del principio dispositivo. FASCHING, Hans Walter, "Liberalización y socialización del proceso civil", en: *Quinto Congreso Internacional de Derecho Procesal*, México, 1972, (disponible online en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/13/art/art2.pdf> p. 29).

tampoco llegó a plantearse conflicto, incongruencia o disonancia alguna en los países totalitarios que, unas décadas más tarde, las primeras del siglo XX, adoptaron la concepción *social* del proceso de KLEIN, al plasmar sus leyes procesales civiles. Muy por el contrario, resultaba totalmente funcional a estos regímenes el desplazamiento del sentido y fin del proceso, desde mecanismo para satisfacer el interés individual de las partes a instrumento para la realización de los fines del Estado.

El Código de Procedimiento Civil italiano de 1940, acaso la más trascendente concreción del ideal de proceso *social*, fue considerado en su tiempo como la expresión histórica del Estado fascista y corporativo. Pero, muy pronto, sus ideólogos se verían compelidos a cambiar completamente de idea. Tras la caída del fascismo, la dogmática procesal italiana se vio en la amarga disyuntiva de derogar su bienamado *Codice* o conciliarlo de algún modo con el sistema democrático y con el respeto a las libertades fundamentales que le es

inherente. La proverbial sutileza del ingenio latino fue capaz de lograr la segunda proeza.

Como advierte agudamente RORTY, la coherencia apunta a la evitación de contradicciones y esta es bastante fácil de conseguir si se sigue el viejo consejo de SANTO TOMÁS: “Si encuentras una contradicción, debes hacer una diferenciación”. La solución estaba entonces en establecer tantas diferenciaciones como hicieren falta para salir del apuro. Dicho de otro modo, para sortear la contradicción había que describir el terreno intelectual circundante de una forma nueva y de tal modo que los conceptos empleados por el contrincente parecieran irrelevantes, *erróneos* o sin interés⁴. Pues bien, no sólo los filósofos distinguen cuando están en aprietos, sino también los juristas.

Y esta fue, precisamente, la estratagema de los procesalistas italianos: para salvar el *Codice* de

⁴ RORTY, Richard, “Orquídeas silvestres y Trotsky”. En su: *Filosofía y Futuro*. Barcelona: Gedisa, 2008, p. 144.

MUSSOLINI y neutralizar su incongruencia con el principio dispositivo, había que distinguir y así se hizo: primero entre el principio dispositivo y el principio de aportación de parte y, dentro de este segundo, entre aportación de hechos y aportación de pruebas. Ha sido mérito de MONTERO AROCA desvelar el *modus operandi* de los juristas italianos: “Es evidente que GRANDI y CALAMANDREI no tuvieron duda en considerar como ‘factor político’ el reforzamiento de la autoridad del juez [...] pero inmediatamente después CALAMANDREI negaba su propia base de partida cuando, refiriéndose a la atenuación del principio dispositivo en el *Codice*, pretendió que el atribuir al juez poderes de iniciativa probatoria para declarar la verdad dentro del ámbito de las peticiones de las partes era ‘una necesidad de orden técnico’ que no tenía nada que ver con el respeto a la voluntad de las partes. Abierto ese camino, CARNACINI sostuvo luego la necesidad de distinguir entre lo que se refiere al monopolio de las partes sobre el objeto del proceso, que afecta a la disposición de su

interés, y lo atinente a la determinación de los materiales de hecho y de los medios para probarlo, entendiendo que este segundo aspecto afecta únicamente a la conformación del instrumento que la ley predispone para la tutela jurisdiccional. Por fin CAPPELLETTI, desde lo anterior, pasó a subdistinguir entre la introducción del material de hecho y la introducción de los medios para probarlo, afirmando también el carácter técnico de la iniciativa probatoria del juez”⁵.

El Estado –fascista o democrático, en adelante iba a dar exactamente igual– podía tranquilamente despojar a las partes del impulso procesal y acabar con su monopolio respecto de la aportación de las pruebas, reservándoles únicamente el monopolio sobre el inicio del proceso y la determinación de su objeto, sin afectar al principio dispositivo, ni la libertad, ni la propiedad privada.

⁵ MONTERO, Juan, “Sobre el mito autoritario de la buena fe procesal”. En: MONTERO, Juan (coord.), *Proceso Civil e Ideología*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, pp. 330-331.

Esta vuelta de tuerca fue posible gracias a la serie de distinciones que permitieron independizar el impulso procesal y la aportación de prueba del principio dispositivo. Luego de sufrir tales amputaciones, el principio dispositivo quedó en condiciones de poder cohabitar pacíficamente dentro del proceso civil con el impulso procesal y la iniciativa probatoria judiciales.

El milagro quedaba cumplido y permitió en adelante decir, con la suficiencia de un TARUFFO, que el Código de Procedimiento Civil italiano no era para nada un código “fascista, salvo algunos ornamentos retóricos que –quizá inevitablemente, dado que se estaba en 1940– estaban presentes en la *Relazione*”⁶. El prodigio ya lo había anuncia-

⁶ TARUFFO, Michele, “Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa”, en: *Ius et Praxis*, vol.12 n^o 2, 2006, p. 105. Talca: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca.

do SATTa en 1947: ¡el prólogo era fascista, mas el Código no⁷!

Dominados por el mismo *pathos*, los procesalistas publicistas hablan hoy con desdén de la “errónea comprensión del principio dispositivo”⁸ y proclaman con arrogancia su “verdadera naturaleza”⁹.

Pero, una vez aclarada su genealogía, estas sutiles distinciones quedan desenmascaradas como

⁷ *Ibid.*

⁸ ETXEBERRÍA, José, *Las facultades judiciales en materia probatoria en la LEC*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 36.

⁹ HUNTER, Iván, “El principio dispositivo y los poderes del juez”, en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XXXV nº 2, 2010, p. 156. Valparaíso: Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. En este interesante trabajo, el profesor HUNTER se sirve, con innegable destreza, de la táctica escolástica de las distinciones: escinde los actos procesales en dos clases: “declaraciones de voluntad” y “actos de información” y diferencia también entre hechos que integran el “acto alegatorio” y hechos que quedan fuera del mismo, sosteniendo que estos últimos pueden ser introducidos por el juez sin afectar el principio dispositivo. De este modo, da un paso más, en la reducción del alcance del principio dispositivo en el proceso civil.

lo que son: nada más que autoengañososa sofistería. La impresión final que queda es la siguiente: si algo se salvó del naufragio del principio dispositivo –principio de demanda o justicia rogada e intangibilidad del objeto procesal por el poder público- no se debió tanto a *razones técnicas* como a la *decisión política* del fascismo de dejarlos subsistentes. Me pregunto si el ingenio latino no hubiera igualmente buscado *a posteriori* razones técnicas para legitimar la incoación oficiosa y la aportación de hechos por el juez, si CALAMANDREI y GRANDI hubieran decidido incorporarlas al *Codice*, del mismo modo que la iniciativa probatoria judicial, como fiel reflejo del *fortalecimiento del principio de autoridad del Estado*.

2. LA NATURALEZA JURÍDICO-PRIVADA DEL OBJETO DEL PROCESO CIVIL ELIMINA LA MÁXIMA DE LIBRE INVESTIGACIÓN

Según afirma el publicismo, el principio dispositivo se satisface siempre que la legislación procesal reconozca que a las partes les corresponde de manera exclusiva tanto la provocación del órgano jurisdiccional como la persecución y la refutación de la pretensión. Pero la miopía publicística no consigue ver que, si el poder público no puede inmiscuirse de ningún modo en el objeto del debate, entonces, deviene completamente ilógico, incongruente, que este mismo poder pueda sin embargo realizar por su cuenta actuaciones procesales que tengan como consecuencia el éxito o fracaso de una pretensión que, insisto, no se corresponde ni se puede corresponder jamás con su interés. Ya lo había advertido WACH cuando enseñaba que “no existe un interés oficial en que la

relación jurídica litigiosa se decida de un modo determinado”¹⁰.

A menos que esas acciones se dirijan a un interés propio y distinto del formulado por las partes en su pretensión y resistencia. Frente a lo cual MONTELEONE se pregunta correctamente ¿cuál sería este distinto interés o fin que se realiza en el proceso independientemente, o en contra, del derecho subjetivo del cual aquél se desprende con el planteamiento de la demanda judicial¹¹?

Para responder a esta interrogante suelen invocarse los cuestionables¹² postulados de KLEIN:

¹⁰ WACH, Adolf, “El juez y las partes”. En: *Conferencias sobre la Ordenanza Procesal Civil Alemana*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1958, p. 67.

¹¹ MONTELEONE, Girolamo, “El actual debate sobre las ‘orientaciones publicísticas’ del proceso civil”. En: MONTERO, Juan (coord.), *Proceso civil e ideología. Un prefacio, una sentencia, dos cartas, quince ensayos y moción de Valencia*. Santiago, Chile: Editorial Metropolitana, 2008, p.182.

¹² Para una crítica de estos postulados *vid.* CIPRIANI, Franco, “En el centenario del reglamento de Klein (El proceso civil

a) las controversias particulares son “males sociales (*soziale Übel*) relacionados con la pérdida de tiempo, dispendio de dinero, indisponibilidad infructuosa de bienes patrimoniales, fomento del odio y de ira entre las partes litigantes y de otras pasiones fatales para la convivencia de la sociedad”¹³ y

b) el proceso, en la medida que bloquea los bienes en espera de la decisión, incide en la economía nacional en cuanto toda “causa turba la pacífica colaboración, rompe ordenados nexos económicos, bloquea valores y los distrae de la ordinaria circulación”¹⁴.

Aceptar estas premisas –se dice– implica reconocer que el Estado tiene un interés propio y legítimo en lograr una economía de tiempos y recursos en el proceso civil. Un interés en que esos “males

entre libertad y autoridad)”. En su: *Batallas por la justicia civil*. Lima, Perú: Editorial Cultural Cuzco. 2003, pp. 41 y ss.

¹³ Sprung, citado por *Ibid.*, p. 40.

¹⁴ *Ibid.*, pp. 40-41.

sociales” que son los procesos tengan una “definición rápida, poco costosa y simple”¹⁵. Un interés de esta naturaleza podría legitimar la atribución al juez de la dirección formal del proceso, vale decir, del control de la regularidad formal o técnica de los actos procesales y de impulsar el procedimiento para que éste se desarrolle pasando de una fase a otra¹⁶, pero en ningún caso el interés público en la economía y celeridad procesales podría legitimar facultades destinadas a determinar el contenido de la sentencia, el resultado, la meta. Y es que, como decía CHIOVENDA, el Estado, en sede civil, no tiene interés “en el objeto del litigio”, sino “en el modo en que éste se desarrolla”¹⁷.

¹⁵ Sprung, citado por *Ibid.*, pp. 41.

¹⁶ MONTERO, Juan, *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los poderes del juez y la oralidad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001, p.94.

¹⁷ Citado por CIPRIANI, Franco, *op. cit.* (n. 12), p. 41.

Si la prueba constituye un capítulo más en el desarrollo de la actividad de las partes en pos del juicio jurisdiccional, en cuanto se dirige a provocar el convencimiento del juzgador¹⁸ y, según este lo alcance o no, la actividad probatoria terminará por definir, en la mayor parte de los juicios, el éxito o fracaso de la pretensión, no parece que se pueda reconocer una iniciativa probatoria al propio juzgador sin admitir que se le confiere también, precisamente a través de ella, una posibilidad de intervención sobre dicho resultado distinta y anterior al acto decisorio mismo (obviamente siempre el juez favorecerá a una u otra parte al fallar la causa, la cuestión es si, además, puede realizar actuaciones distintas de la adjudicación – como decretar pruebas– que contribuyan, deliberadamente o no, a que una parte pierda y la otra gane el pleito).

¹⁸ CAROCCA, Alex, *Manual de Derecho Procesal. Tomo II. Los procesos declarativos*. Santiago: Lexis Nexis, 2003, pp. 141-151.

Así las cosas, no me parece tan evidente que la disponibilidad de las pruebas pertenezca a la técnica del proceso y no al principio dispositivo en sentido estricto¹⁹. Antes al contrario, sostengo que el objeto del proceso como límite indiscutido a la intromisión estatal no sólo veda al juez la introducción de hechos al proceso, sino también la aportación de la prueba sobre esos hechos. Y no estoy diciendo nada nuevo porque lo advertió hace un siglo ADOLF WACH: “En el proceso civil, la naturaleza jurídico-privada de ese objeto elimina la ‘máxima de libre investigación’ [...] La sentencia es, y sólo puede ser, la apreciación del material de afirmaciones y de pruebas suministrado por las partes. La prueba en el proceso civil es prueba de parte”²⁰.

¹⁹ Cfr. TARUFFO, Michele, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 200.

²⁰ WACH, Adolf, “El sistema de prueba”. En: *Conferencias sobre la Ordenanza Procesal Civil Alemana*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1958, pp. 225-226. En

Chile, en un trabajo reciente, profesor NICOLÁS LUCO ha planteado la misma idea, esto es, que “otorgarle iniciativa probatoria al juez contradice el principio dispositivo”, pero limitando la vigencia de este principio y su consecuencia al proceso civil en sentido estricto y descartándola “cuando existe un interés público que prevalece sobre el interés particular, como por ejemplo, en muchas áreas del derecho de familia o el derecho laboral, en que [...] la cuestión no puede quedar entregada exclusivamente al parecer de los litigantes.” (LUCO, Nicolás: “¿De vuelta al sistema inquisitivo?”, En: LETURIA, Francisco (ed.) *Justicia civil y comercial: Una reforma ¿cerca-na?*, Santiago de Chile: Ediciones LYD, 2011, p. 217). Debe tenerse presente que, en materia laboral, si bien el art. 5º inciso 2º CT establece la irrenunciabilidad de los derechos establecidos en las leyes laborales, la misma norma restringe el alcance de esta indisponibilidad a la subsistencia del contrato de trabajo, de manera que extinguido este, los derechos se tornan perfectamente disponibles por las partes. Si añadimos a esta consideración la circunstancia que, en la práctica, la abrumadora mayoría de los litigios laborales se producen con ocasión del despido, vale decir cuando los derechos son tan disponibles como en los juicios civiles en sentido estricto, tenemos que no se puede desconocer la vigencia del principio dispositivo en el proceso laboral.

3. INCOMPATIBILIDAD DE LOS FINES PRIVADOS Y PÚBLICOS DENTRO DEL PROCESO CIVIL

Se insiste en que el ejercicio de la iniciativa probatoria por el juez no estaría dirigida a determinar el éxito o fracaso del interés de ninguna de las partes, sino a perseguir un fin distinto y propio del Estado, ajeno al de las partes en conflicto, que ya no tiene que ver con la economía ni la celeridad procesales y que se identificaría, en último término, con la realización del Derecho objetivo o, en una versión más sentimental –aunque mucho menos aprehensible por la inteligencia– con la obtención de una sentencia justa.

Dicho de otro modo, el cometido del juez es aplicar la ley y, no solo eso, sino que además el Estado tiene interés en que la aplique correctamente o, en versión sentimental, en que el juez decida, no de cualquier modo, sino que con justicia. Se afirma que, para ser consecuente con estos fines, el Estado debe colocar al juez en posición tal de poder conocer *la verdad* sobre los hechos, porque solo de ese modo podrá seleccionar y aplicar co-

rrectamente las normas de derecho material relevantes o, en lenguaje habermasiano, desarrollar el discurso de aplicación o adecuación²¹, y/o porque *la verdad* es condición necesaria de la justicia de la decisión²².

De este modo el proceso deviene en instrumento o método para el descubrimiento y determinación de la verdad de los hechos en los que se funda la decisión²³. Para que el proceso cumpla esa *función epistémica*, el legislador no puede confiar la

²¹ Según lo explica NÚÑEZ, “este discurso se refiere a la corrección de la decisión jurídica, en la cual hay que establecer si la norma *prima facie* aplicable es adecuada a una situación determinada, para lo que es necesario tener en cuenta todos los datos que caracterizan a esa situación, es decir, la *situación de aplicación* [...] el discurso de aplicación está centrado en la adecuación de las normas a la circunstancias relevantes del caso concreto (aspectos o circunstancias de hecho)”. NÚÑEZ, Raúl, “El sistema de recursos procesales en el ámbito civil en un Estado democrático deliberativo”, en: *Ius et Praxis*, Talca, año 14, n° 1, p. 202. Talca: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca.

²² Así TARUFFO, Michele, *Simply the truth...* (n. 19).

²³ TARUFFO, Michele, *Simply the truth...* (n. 19), p. 155.

actividad probatoria exclusivamente a las partes ya que estas, mirando las cosas desde su parcialidad y en beneficio de su interés particular, pueden tomar la decisión de omitir medios de prueba relevantes. Es por eso que, en palabras de TARUFFO: “diversos legisladores procesales han advertido la necesidad de hacer que la determinación de los hechos sobre la base de las pruebas deje de ser un asunto privado de las partes y deje de depender exclusivamente de sus iniciativas y de sus elecciones tácticas. En otras palabras, esos legisladores han advertido la exigencia de dar a la actividad del juez una orientación marcadamente epistémica, confiándoles poderes necesarios para la búsqueda de la verdad”²⁴.

²⁴ TARUFFO, Michele, *Simply la verdad...* (n. 19), p. 199. Nótese los dos prejuicios taruffianos: a) que los jueces *nunca* toman decisiones tácticas en el ejercicio de iniciativa probatoria, esto es, que solo actúan guiados en la negra noche de los egoísmos de las partes por la luminosa estrella de la verdad y b) que las partes *siempre* buscan un fin distinto a la verdad de los hechos cuando prueban

Sobre el proceso civil como instrumento de realización del Derecho objetivo, PRIETO-CASTRO Y FERRANDIS afirmó, hace ya muchos años, que “se carece de razones para sostener que el derecho objetivo privado sea preferente al subjetivo y que el Estado tenga que velar por la satisfacción de éste, suplantando la voluntad de los sujetos en las relaciones jurídicas”²⁵.

Sinceramente no creo que pueda decirse nada más sensato al respecto. Tan solo observaré que si se permite siempre a las partes la posibilidad de desistirse, allanarse o transar, que viene a ser la máxima disposición, aunque ello signifique que el Derecho objetivo quede irrealizado o triunfe la injusticia, no se comprende que, cuando cualquiera de las partes (o ambas) ejercitan un grado de disposición menor, esto es, si no prueban o prue-

²⁵ PRIETO-CASTRO Y FERRANDIS, Leonardo, “Informe General sobre los principios políticos y técnicos para una Ley Procesal Civil Uniforme en la Comunidad Hispánica de Naciones”, en: “Trabajos y orientaciones de Derecho procesal”, *Revista de Derecho privado*. Madrid, 1964, p. 655.

ban deficitariamente, deban ser en tal caso suplidas por el juez para que, entonces sí y sólo entonces, se cumpla el Derecho objetivo y prime la justicia.

Si el proceso no mira tanto por el interés privado de las partes como por la eficacia del Derecho objetivo o, para decirlo con la misma vehemencia con que lo ha dicho en Chile ANDRÉS BORDALÍ, si: “la jurisdicción no es un servicio público puesto a disposición de los ciudadanos para que dirima sus conflictos privados [sino que l]a jurisdicción es una potestad constitucionalmente sancionada para la realización, consolidación y creación de la legalidad; es el terminal de la publicidad, esto es, la última instancia dentro del sistema estatal para defender y realizar la legalidad constitucional...”²⁶.

²⁶ BORDALÍ, Andrés, “Los poderes del juez civil”. En: DE LA OLIVA, Andrés y PALOMO, Diego (coord.), *Proceso Civil. Hacia una nueva justicia civil*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 192.

Entonces, no se comprende por qué el Estado deba autorizar a las partes ya embarcadas en la nave del proceso para hundirla antes de arribar al “terminal de la publicidad”, ahogando en las aguas de su egoísmo particular el interés público *prevalente* en la realización de la “legalidad constitucional”.

En el mismo sentido MONTELEONE ha resaltado la incongruencia que subsiste en reconocer un interés público y social superior a las partes y mantenerles, sin embargo, el monopolio de la incoación del proceso: “Bajo la premisa de que el derecho de acción corresponde y se garantiza al titular de un derecho o de un interés jurídicamente relevante, para que sea declarado y tutelado frente a quien lo haya violado, y puesto que sin acción, interés y legitimación la jurisdicción civil no puede ejercitarse, ni nacer ningún proceso, ¿cómo es que este mismo derecho privado y subjetivo por el solo hecho de estar necesitado de tutela y de ser deducido en juicio pierde sus características para ser absorbido por un distinto interés *público* y

social? Por lo menos hasta hoy no ha quedado científicamente probada la existencia de este distinto y concreto interés público y social, porque, si aquél existiera realmente, el ejercicio de la jurisdicción civil no debería nunca estar condicionado a la proposición de la demanda judicial en contradictorio, sino que debería siempre procederse de oficio en base a simple denuncia de parte²⁷.

En cuanto al interés público en la obtención de un resultado justo existe mucho menos claridad sobre qué sea tal cosa, quiero decir, *lo justo*. Si uno tiene en cuenta la diversidad y disparidad de teorías sobre la justicia no es atrevido decir que los juristas contemporáneos están respecto de la justicia y lo justo en una desalentadora *aporía*. Por tanto, en mi opinión, todo lo más que se puede afirmar, suponiendo que se quiera mantener la retórica de la justicia en el ámbito procesal, es que la sentencia será justa en la medida que el

²⁷ MONTELEONE, Girólamo, *op. cit.* (n. 11), p. 182.

proceso lo sea y que este lo será si en su configuración y en sus actuaciones los poderes públicos involucrados respetan ciertas garantías mínimas, a saber: la igualdad de las partes y la imparcialidad, imparcialidad e independencia del adjudicador. Para otros, en cambio, esta noción de justicia es demasiado formal e insuficiente pues el juez no solo debe preocuparse por el cumplimiento de las reglas del juego sino de asegurar a las partes la “isonomía sustancial”²⁸ (¿igualdad material?), la cual puede llegar a exigir “determinar pruebas ex officio, con el objetivo de elucidar los hechos; no resultando justificado que éstos no sean debidamente verificados en razón de la mayor o menor suerte económica o astucia de uno de los litigantes”²⁹.

²⁸ SCHAEFER, citado por MARINONI, Luis; PÉREZ, Álvaro y NÚÑEZ, Raúl, *Fundamentos del proceso civil. Hacia una teoría de la adjudicación*. Santiago, Chile: Abeledo Perrot, 2010, p. 377.

²⁹ *Ibid.* (parecen seguir en esta idea a BARBOSA MOREIRA), p. 378.

Por tanto, se ha intentado justificar la iniciativa probatoria judicial “en razón de la situación débil que pueda tener una de las partes del proceso”³⁰. Esta es la línea de argumentación predilecta del juslaboralismo y en tal sentido se ha afirmado que “el desequilibrio probatorio es el drama del trabajador litigante” quien “debe arrancar la prueba de este ambiente hostil sujeto a la presión del patrono”³¹. No se me escapa, ni pretendo obviar –como se me ha imputado en alguna ocasión–³², que el desequilibrio entre las partes de la relación de trabajo, se proyecta también en el proceso. Hago mías las palabras de ALVARADO VELLOSO, en el sentido de que: “esa notable des-

³⁰ BORDALÍ, Andrés, *op. cit.* (n. 26), p. 197.

³¹ SARTHOU, citado por GOLDSTEIN, Eduardo y MARIEZCURRENA, Patricia, “Algunas reflexiones sobre los poderes de instrucción en el proceso laboral”. En: *Derecho Procesal del Trabajo. Treinta estudios*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2005, p. 269.

³² CAAMAÑO, Eduardo, “El procedimiento de tutela: una innovación en el sentido correcto”, en: *La Semana Jurídica*, n^o 335, 9-15 de abril. Santiago, Chile: Lexis Nexis, 2007, p. 2.

igualdad real debe ser paliada. Pero no por el juez, encargado final de asegurar la *igualdad jurídica* de las partes procesales. Antes bien, podrá ser cuidada por defensores *ad hoc*, por asesores en el litigio que procedan promiscuamente con los representantes [...] de los trabajadores, por muchos y variados funcionarios [...] quienes se dediquen con exclusividad a ello. Pero insisto: nunca por el juez pues, al desnivelar la igualdad jurídica para lograr una supuesta y nunca alcanzada igualdad real, logra sólo desequilibrar el fiel de la balanza de la Justicia y hacer ilegítima su sentencia”³³.

Incluso BORDALÍ, quien es manifiestamente partidario de la iniciativa probatoria judicial, consigue advertir que “no parece justificable que el juez se constituya en una especie de asistente del sujeto

³³ ALVARADO, Adolfo, *Garantismo procesal contra actuación judicial de oficio*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, p. 261.

más débil en el proceso, puesto que su deber de imparcialidad podría verse afectado”³⁴.

Aun cuando no haya claridad sobre lo que significa concretamente la idea de justicia en el contexto del proceso sí parece haber un consenso publicístico en que justicia y verdad están muy conectadas³⁵. A partir de esta idea se ha producido un *retorno de la verdad al proceso*³⁶.

4. LA PRETENDIDA FUNCIÓN EPISTÉMICA DEL PROCESO

No deja de asombrarme la tosquedad epistemológica de muchos procesalistas, ajenos según parece a cualquier reflexión crítica sobre el conocimiento. Para la corriente procesal dominante, la formidable cuestión sobre la posibilidad de acceso a *la verdad* parece que quedara resuelta con otorgar iniciativa probatoria a los jueces. Cuando

³⁴ BORDALÍ, Andrés, *op. cit.* (n. 26), p. 197.

³⁵ TARUFFO, Michele, *Simplymente la verdad...* (n. 19), p. 88.

³⁶ TARUFFO, Michele, *Simplymente la verdad...* (n. 19), p. 89.

los procesalistas hablan ingenuamente de *la verdad* a uno le vienen ganas de preguntarles, como antaño hizo PONCIO PILATOS, *quid est veritas?*³⁷ Y, en efecto, conviene partir por preguntarle a los publicistas: ¿qué es la verdad?

Curiosamente, MICHELE TARUFFO, uno de los pocos procesalistas que se ha ocupado del tema con profundidad y uno de los principales defensores de la verdad en el proceso, señala que la verdad es *indefinible*³⁸. Con todo, de sus trabajos se puede inferir que adscribe al concepto de verdad-correspondencia, a la vieja *adaequatio rei et intellectus*, conforme al cual la verdad vendría a ser una correspondencia, equivalencia o concordancia (*adaequatio*) entre un objeto del mundo exterior (*rei*) y su representación mental por el sujeto cognoscente (*intellectus*). Este concepto de verdad parte de dos premisas:

³⁷ Juan, XVIII, 37.

³⁸ TARUFFO, Michele, *Simply la verdad...* (n. 19), p. 98.

1) que hay un conjunto objetos exteriores al sujeto cognoscente que existen con total independencia de su representación actual; en palabras simples, la realidad y

2) que la realidad es, de algún modo, cognoscible, por el ser humano.

Tanto el concepto de verdad-correspondencia como las premisas que lo sostienen han sido objeto de demoledoras críticas en las últimas décadas³⁹, que TARUFFO desprecia como mero síntoma de la “embriaguez posmoderna” de una “vario-pinta pandilla” de “*new cynics*” que descreen de la verdad, de la objetividad y del conocimiento⁴⁰. Pero lo interesante es que admite, sin embargo, que la verdad: “puede ser considerada *relativa*, pero no en el sentido de que resulte dependiente de las opciones individuales de los sujetos que se

³⁹ Por mencionar solo una: MATURANA, Humberto: *La realidad: ¿objetiva o construida? Fundamentos biológicos de la realidad*, 2ª edición, dos tomos, España: Editorial Anthropos, 2009.

⁴⁰ TARUFFO, Michele, *Simply la verdad...* (n. 19), p. 89.

ocupan de ella, pues de este modo se caería en un relativismo radical inaceptable, sino más bien en el sentido de que el conocimiento de la verdad es relativo al contexto en que aquél sea realizado, al método con el que se desarrolle la investigación y a la cantidad y la calidad de las informaciones de que se disponga y sobre las cuales se funde el conocimiento”⁴¹.

TARUFFO llega a afirmar que la idea de verdad estaba de algún modo presente incluso en tiempos o culturas que indagaban sobre lo desconocido mediante métodos inadecuados como la observación del vuelo de las aves o las ordalías y en tal sentido no descarta que los antiguos arúspices y los jueces medievales, entre otros, tuvieran alguna buena razón para pensar que de ese modo lograban obtener conclusiones verdaderas⁴² (en el sentido de reproducir *correctamente* objetos extramentales).

⁴¹ TARUFFO, Michele, *Simply la verdad...* (n. 19), p. 99

⁴² TARUFFO, Michele, *Simply la verdad...* (n. 19), p. 99.

TARUFFO traslada esta concepción al proceso. El juez moderno cuenta con métodos e instrumentos de averiguación mucho más sofisticados que el arúspice y los jueces medievales, que sin embargo no resultan infalibles, pero de acuerdo a este enfoque su falibilidad deviene irrelevante, porque basta con que sirvan para que el juez alcance un conocimiento relativo de la verdad. Pese a esa falibilidad se obtiene de todos modos, según TARUFFO, una verdad objetiva “en la medida que no es fruto de las preferencias subjetivas e individuales del juez, o de otros sujetos, sino que se funda en razones objetivas que justifican el convencimiento del juez y que se derivan de datos cognoscitivos que resultan de las pruebas”⁴³.

En igual sentido, NÚÑEZ (siguiendo a FERRER BELTRÁN) enseña que “la prueba debe ser considerada como medio a través del cual el Derecho pretende determinar la verdad de las proposiciones en el marco del proceso judicial. Por otro lado,

⁴³ TARUFFO, Michele, *Simplymente la verdad...* (n. 19), p. 100.

dadas las limitaciones de ese medio, la presencia del mismo no garantiza la obtención del fin (la verdad)”⁴⁴. Tampoco a NÚÑEZ le inquieta esta última constatación, pues le basta con que el juez considere que los específicos medios de prueba incorporados en el proceso aportan elementos de juicio suficientes a favor de la verdad de la proposición (vale decir, de su correspondencia con los hechos del caso) y, siendo consecuente con esa estimación, *la tenga por verdadera*, sin importar que luego de la decisión la proposición se descubra falsa, porque *a posteriori*, tras la cosa juzgada, lo que importará será aquello que el juez ha tenido por verdadero y perderá relevancia aquello que es verdadero (en el supuesto de que difieran)⁴⁵.

Y es que incluso los más fervorosos partidarios de la función epistémica del proceso reconocen un conjunto de límites legales y prácticos (celeridad,

⁴⁴ NÚÑEZ, Raúl, “El sistema de recursos... (n. 21), p. 207.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 210.

economía de recursos materiales y humanos, proscripción de la prueba ilícita, preclusiones, presunciones, la falibilidad de los medios de prueba, etc.) que conspiran contra la posibilidad de hallar la verdad. Los mismos autores, sin advertir ninguna contradicción, sostienen que, aunque muchas veces en el contexto del proceso no se alcance la verdad absoluta, eso nada dice *contra la verdad*, porque siempre la decisión será justificada por el juez mediante la afirmación (o negación) de una correspondencia entre ciertos hechos referidos por las partes y los hechos del mundo exterior que muestran las pruebas.

Pero si el proceso sólo puede ofrecer un conocimiento relativo de la verdad, lo que *es tenido por verdadero* dadas las circunstancias, vale decir, si nunca es seguro ni necesario que *la verdad* se alcance, la verdad como fin del proceso se devalúa notoriamente. Lo que queda de ella no es más que un residuo evanescente, un ideal inspirador, un espejismo que el juez nunca estará obligado a

alcanzar⁴⁶. Bastará con su recta conciencia de obrar conforme a ese ideal, la misma convicción con que, tal vez, el adivino etrusco creía extraer *la verdad* de las tripas de los pájaros.

Y entonces, la afirmación (o negación) de una correspondencia entre cierto enunciado fáctico de parte y los hechos del mundo no está muy lejos de ser, también, un recurso retórico del juez para justificar su decisión ante la comunidad. Un piro-po al acto de adjudicación o, como diría HUMBERTO MATORANA, un reclamo autoritario de obediencia⁴⁷. Al fin y al cabo, la apelación a *la verdad* por

⁴⁶ En palabras del propio TARUFFO, un “ideal regulativo, un punto de referencia hacia el que se oriente la actividad”, citado por FUCHS, Andrés: *Proceso, prueba y verdad*, Santiago de Chile: Editorial Metropolitana, 2011, p. 62.

⁴⁷ “[L]a suposición por parte de diferentes observadores de diferentes clases de entidades independientes como fuente definitiva de validación de sus explicaciones constitutivamente los conduce a validar con su comportamiento diferentes, y por necesidad mutuamente exclusivos, universos, realidades o dominios de explicaciones objetivas. Por lo tanto, en esta línea explicativa, las explicaciones implican

los jueces, termina desempeñando un papel no muy distinto que en boca de las partes y muy a tono con lo que afirman los “*new cynics*”, tan despreciados por TARUFFO.

Me pregunto, cómo es que puede insistirse, una y otra vez y sin sonrojo, en la función epistémica del proceso.

demanda de un acceso privilegiado a una realidad objetiva por parte del observador, u observadora, que explica, y en ello los observadores no tienen responsabilidad por su mutua negación en sus desacuerdos explicativos porque ésta es la consecuencia de argumentos cuya validez no depende de ellos. Y es en esta línea explicativa que un reclamo de conocimiento es una demanda de obediencia.” MATURANA, Humberto: *La realidad...* (n.39) p. 17.

SEGUNDA PARTE:

LA INICIATIVA PROBATORIA JUDICIAL EN EL PROCESO CIVIL Y EL DEBIDO PROCESO

En Chile, la regulación del procedimiento civil sólo autoriza al juez para practicar prueba de oficio después de citadas las partes a oír sentencia y antes de su pronunciamiento, aunque con ciertas limitaciones. Son las denominadas “medidas para mejor resolver” y que conforme al art. 159 CPCCh consisten en: la agregación de documentos; la confesión judicial; la inspección personal del tribunal; el informe de peritos; la comparecencia de testigos (que ya hayan declarado en el juicio); y la agregación de copias de otros expedientes. La Ley 19.968, que crea los Tribunales de Familia, dispone que “el juez de oficio puede ordenar que se acompañen todos aquellos medios de prueba de que tome conocimiento o que, a su juicio, resulte necesario producir en atención al

conflicto familiar de que se trate” (art. 29, inc. 2º). También el juez laboral chileno ha sido dotado de una amplia y discrecional iniciativa probatoria puesto que, según lo prescribe el art. 429 CdTCh, el tribunal “[d]ecretará las pruebas que estime necesarias, aun cuando no las hayan ofrecido las partes”.

En el Paraguay, el Código Procesal Civil (Ley N° 1337), en su art.18, relativo a las facultades ordenatorias e instructorias, dispone que “[l]os jueces y tribunales podrán, aun sin requerimiento de parte: [...] b) decretar que se traiga a la vista testimonio de cualquier documento, o el original, cuando lo crean conveniente, para esclarecer el derecho de los litigantes, sea que se halle en poder de las partes o de terceros; c) ordenar con el mismo objeto otras diligencias necesarias, respetando el derecho de defensa de las partes; d) exigir confesión judicial a cualquiera de los litigantes sobre hechos que estimen de influencia en la causa y no resulten probados, o cualesquiera explicaciones que juzguen pertinentes; e) dispo-

ner en cualquier momento la comparecencia de los peritos o testigos para interrogarlos acerca de sus dictámenes o declaraciones; y f) ordenar cualquier pericia, informe, reconocimiento, avalúo u otras diligencias que estimen necesarias.”

Además, en el proceso civil paraguayo, el juez puede disponer de oficio:

- La declaración de testigos mencionados por las partes en los escritos de constitución del proceso o que sean examinados nuevamente los ya interrogados, para proceder al careo o aclarar sus declaraciones (art. 337 CPCPa);

- La prueba pericial (art.350 CPCPa);

- La ejecución de planos, calcos, relevamientos, reproducciones fotográficas, cinematográficas u otras, de objetos, documentos, lugares o sonidos. Podrá igualmente ordenar la reconstrucción de hechos y los exámenes científicos necesarios para su mejor esclarecimiento (art.364 CPCPa);

-El reconocimiento de lugares o cosas (art. 367 CPCPa) y que personas expertas asistan al acto de reconocimiento (art. 368 CPCPa);

-El reconocimiento de personas, con el objeto de comprobar la existencia de un signo exterior y visible (art. 369 CPCPa);

-Evacuar informes a las oficinas públicas, escribanos con registro o entidades privadas (art. 371 CPCPa).

Como acabamos de ver, la dogmática procesal dominante ha insistido en que a partir del principio dispositivo no se sigue inevitablemente un monopolio de las partes en relación con la aportación de prueba excluyente de la actividad probatoria judicial, porque la cuestión de la aportación quedaría fuera del contenido del principio dispositivo. La alternativa entre aportación de parte e investigación de oficio sería, pues, simplemente una opción técnica sobre la “que deberá discernir el legislador en base a un criterio de oportunidad o conveniencia, opción que en caso

alguno significa trastocar la fisonomía de los derechos subjetivos objeto de la tutela jurisdiccional”⁴⁸.

Bajo estas premisas se ha planteado que el debate en torno a la actividad probatoria del juez no debe considerar si se viola o no el principio dispositivo, sino que, la “discusión habrá de ser centrada en si esa actividad pueda violar alguno de los componentes del derecho al debido proceso de los justiciables”⁴⁹.

En la primera parte de este trabajo ofrecí las razones de por qué creo que el principio dispositivo no sólo veda al juez la introducción de hechos al proceso, sino también la aportación de la prueba sobre esos hechos, por lo que ahora resta examinar la iniciativa probatoria judicial desde la óptica del debido proceso.

⁴⁸ HUNTER, Iván, “Potestades oficiosas del juez: ¿un síntoma de autoritarismo?”, en: *La Semana Jurídica*, nº 347, 2-8 de julio, 2007, p. 3.

⁴⁹ BORDALÍ, Andrés, *op. cit.* (n. 26), 190.

La crítica principal contra la actividad probatoria del juez dice relación con la afectación de la igualdad de las partes y la imparcialidad. Parece imposible pasar por alto que cada vez que el juez actúa para suplir las omisiones probatorias de una de las partes en conflicto, la favorece en perjuicio de la contraria, lo que conspira contra la igualdad de las partes –viga maestra del debido proceso⁵⁰– y su corolario, la imparcialidad del juzgador.

En Chile, la igualdad de las partes en el proceso tiene sólido fundamento en el art. 19 N° 3 de la Constitución Política de la República, que asegura a todas las personas *la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos*. “En lo fundamental,

⁵⁰ ALVARADO VELLOSO define el debido proceso como “aquél que se *adecua plenamente a la idea lógica de proceso*: dos sujetos que actúan como antagonistas en pie de *perfecta igualdad en el instar* ante una autoridad que es un *tercero* en la relación litigiosa (y, como tal, imparcial, imparcial e independiente).” ALVARADO, Adolfo. *La garantía constitucional del proceso y el activismo judicial. ¿Qué es el garantismo procesal?* Colombia: Ediciones Nueva Jurídica, 2011, p. 64.

es una consecuencia de la igualdad ante la ley y con ella se pretende que todos quienes deban recurrir ante *cualquier autoridad*, incluyendo a los tribunales, de cualquier naturaleza, para la protección de sus derechos, se encuentren en un plano de igualdad jurídica, sin que existan privilegios o fueros especiales en razón de nacionalidad, raza, sexo, condición social o situación económica...⁵¹.

Pues bien, el otorgamiento al juez de iniciativa probatoria, cualquiera sea la motivación para su ejercicio, se traduce en la práctica en un poder interventor sobre el resultado del juicio distinto del acto de adjudicación, que en muchos casos será determinante para que una parte gane (o pierda) el juicio pues, como ha dicho RODRÍGUEZ

⁵¹ EVANS, Enrique: *Los derechos consitucionales*, Tomo II, 3ª edición, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile , 2004, p.140

URRACA, “esa es la consecuencia natural de la práctica de las pruebas”⁵².

La prueba de oficio genera indudablemente una desigualdad de armas no porque el actor o demandado tenga un derecho a que se falle la causa sin prueba de su contraparte, sino porque una de las partes gana *con la ayuda probatoria*, deliberada o no, del juez de la causa.

Como dice CAROCCA, “tribunal imparcial es el que carece de interés en los resultados del litigio, es decir, es completamente independiente de las partes, pues supone que este no se ve constreñido por ningún tipo de consideraciones a favorecer a una en desmedro de la otra”⁵³,

⁵² Citado por FERNÁNDEZ, Raúl, *Las facultades y deberes del juez en materia probatoria en el proceso laboral. Análisis crítico*. Santiago, Chile: Puntotex-Thomson Reuters, 2011, p. 159.

⁵³ Carocca, A.: “Las garantías constitucionales del sistema procesal chileno”, en: *Ius et Praxis*, año 3, n^o 2. Talca: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca, p. 191.

Coincidimos con MONTERO en que “el principio de imparcialidad del juez o, desde otro punto de vista, el derecho a un juez imparcial, tiene alcance general, siendo aplicable en todo tipo de procesos, incluso aunque en cada uno de ellos puedan llevar a conclusiones propias y específicas, que no podrán desvirtuar ni el principio general ni el derecho de las partes”⁵⁴. La Constitución Política de la República de Chile lo reconoce implícitamente a través del derecho a ser juzgado por *el tribunal* predeterminado en la ley, puesto que la imparcialidad constituye una nota esencial para configurar todo tribunal⁵⁵. En cualquier caso, el llamado “Pacto de San José de Costa Rica”⁵⁶ establece en

⁵⁴ MONTERO, Juan, *Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales*, Valencia, España: Tirant lo Blanch, 1999, pp. 15-16.

⁵⁵ CAROCCA, Alex, *op. cit.* (n. 18), p. 191.

⁵⁶ O más propiamente, la “Convención Americana sobre Derechos Humanos”, suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969 y que entró en vigencia el 18 de julio de 1978. Chile depositó su ratificación el 21 de agosto de

su art. 8 N°1 que “toda persona tiene derecho a ser oída [...] por un juez o tribunal competente, independiente e *imparcial* establecido con anterioridad por la ley [...] para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, *laboral*, fiscal o de cualquier otro carácter”, lo cual no deja mayores dudas sobre el alcance del derecho al juez imparcial en nuestro ordenamiento jurídico.

Suele contestarse a esta crítica, desde el publicismo, señalando que cuando el juez decide decretar prueba oficiosamente “no se decanta a favor o en contra de una de las partes, infringiendo de esta manera su deber de imparcialidad, pues antes de la práctica de la prueba no sabe a quién puede beneficiar o perjudicar...”⁵⁷.

1990 y fue promulgada por el Decreto N° 873 de 23 de agosto de 1990 y se publicó en el Diario Oficial el 5 de enero de 1991.

⁵⁷ FERNÁNDEZ, Raúl, *Las facultades y deberes del juez en materia probatoria en el proceso laboral. Análisis crítico*. Santiago, Chile: Puntotex-Thomson Reuters, 2011, p. 150; FUCHS, Andrés: *Proceso, prueba y verdad*, Santiago de Chile: Editorial Metropolitana, 2011, p.174. Este argumento ya lo había plan-

El argumento es falaz. No habiéndose derogado la regla legal sobre la carga de la prueba, el juez sabe de antemano, no evidentemente el resultado que arrojará la prueba concreta decretada, pero sí claramente a quien beneficiará y a quién perjudicará la omisión o insuficiencia probatoria respecto de determinados hechos. Si nada hace el juez frente a tal omisión o insuficiencia –pasividad legítima desde que no se le impone un deber sino una mera facultad– la regla de la carga de la prueba resolverá por sí sola el conflicto. Y entonces surge la razonable duda, especialmente incisiva en el juicio laboral, sobre cuál razón motiva al juez en unos casos a inhibirse y en otros a salir de su pasividad y ejercer su facultad probatoria. El publicismo, bajo la cuestionable premisa de que los jueces nunca adoptan comportamientos tácticos en el ejercicio de su actividad probatoria, replica que “su único objetivo es cumplir eficazmente la función jurisdiccional encomendada por la

teado HUNTER, Iván: *Las potestades probatorias del juez de familia*. Santiago, Chile: Legal Publishing, 2008, p. 71.

Constitución”⁵⁸, pero es difícil evitar la impresión de que el juez ejerce o deja de ejercer su facultad sin la plena imparcialidad que le es exigible. Y es que podría ser también que el juez salga a buscar prueba cuando sienta en su corazón que quien podría perder por insuficiencia probatoria, es quien *en justicia* debería ganar el pleito⁵⁹.

Por otra parte, frente al argumento de la debilidad probatoria del litigante pobre, de suyo cues-

⁵⁸ FERNÁNDEZ, Raúl, *Las facultades y deberes del juez en materia probatoria en el proceso laboral. Análisis crítico*. Santiago, Chile: Puntotex-Thomson Reuters, 2011, p. 150.

⁵⁹ En el mismo sentido, el profesor NICOLÁS LUCO: “Aceptemos que el juez que decide emprender esta actividad probatoria en un caso determinado y no en otro lo hace porque tiene una inclinación, una presunción más o menos fundada de que el hecho es efectivo o que la justicia no se vería satisfecha si se limitara a aplicar la carga de la prueba y dar por no probado el hecho”. (LUCO, Nicolás: “¿De vuelta al sistema inquisitivo?”, En: LETURIA, FRANCISCO (ed.) *Justicia civil y comercial: Una reforma ¿cercana?*, Santiago de Chile: Ediciones LYD, 2011, p. 220).

tionable⁶⁰, cabe señalar que, al menos en Chile, las partes no pueden comparecer a juicio sin asistencia letrada y, si la propia parte no puede costearla por sí solo, la Corporación de Asistencia Judicial, organismo de carácter público, asumirá su defensa a través de alguna de sus oficinas de defensoría distribuidas a través de todo el país. Pues bien, si las partes comparecen *siempre* con defensa letrada no se comprende qué papel puede desempeñar la iniciativa probatoria del juez más que suplir la inepticia de los abogados, tanto más cuanto que no existe medio probatorio alguno que pueda decretar el juez que no puedan pedir también los abogados de las partes.

⁶⁰ "Es difícil sostener que el juez está en mejor posición que las partes para determinar las pruebas que pudieren dar por comprobados los hechos alegados por ellas [...] Son esas mismas partes las que mejor conocen y más cercanía tienen con los lugares, personas y actividades en que pueden ser encontradas y obtenidas dichas pruebas." (LUCO, Nicolás: "¿De vuelta al sistema inquisitivo?", En: LETURIA, Francisco (ed.) *Justicia civil y comercial: Una reforma ¿cercana?*, Santiago de Chile: Ediciones LYD, 2011, p. 217).

Un firme partidario de la iniciativa probatoria judicial lo reconoce sin ambages: “Cada vez que el juez decreta una medida probatoria de oficio ayuda a la actividad probatoria deficiente de las partes, si éstas no fueran en absoluto negligentes no tendrían razón de ser; los hechos serían absolutamente probados con los medios de prueba propuestos por las partes, y el juez no tendría más que aplicar el derecho sobre éstos”⁶¹.

El sentido común indica que resultaría francamente impresentable, en cualquier proceso, ver al juez bajar de su estrado, tomar del brazo a uno de los abogados y escuchar que le susurra bondadosamente al oído: “estimado colega, olvidó usted pedir la documental, la cual es vital para el interés de su defendido en este caso. Mas no se inquiete, pues la pediré yo en su lugar”. Como quiera que se mire, esto es exactamente lo que ocurre

⁶¹ FERNÁNDEZ, Raúl, *Las facultades y deberes del juez en materia probatoria en el proceso laboral. Análisis crítico*. Santiago, Chile: Puntotex-Thomson Reuters, 2011, p. 126.

cada vez que el juez llamado a dirimir un conflicto entre privados desarrolla actividad probatoria. Pero, como suele decirse, el sentido común es el menos común de los sentidos ⁶².

⁶² Este ejemplo (que ya formulé en mi "El retorno del inquisidor. Las potestades judiciales en materia probatoria en el procedimiento laboral chileno", *Revista Laboral Chilena*, N°173, enero, 2009, p. 79) según un joven autor chileno "...es burdo respecto de la realidad, pues no se trata y nunca se ha pretendido que el juez dotado de estas facultades reemplace a la parte, ni mucho menos a su abogado, sino que el juez dudoso de la ocurrencia de cierto hecho o no, pueda hacer todo cuanto esté dentro de sus posibilidades para conocer la verdad de lo ocurrido" (FUCHS, Andrés: *Proceso, prueba y verdad*, Santiago de Chile: Editorial Metropolitana, 2011, p. 174). Si no lo malentiendo, mi contradictor parte de la base que los jueces jamás desarrollan un comportamiento estratégico en el ejercicio de la iniciativa probatoria, vale decir que, en la negra noche de los egoísmos particulares, los jueces navegan guiados únicamente por la luminosa estrella de la verdad, y nunca por otros motivos externos tales como, proteger a quien consideran la parte débil del conflicto, lo cual me parece –cuando menos en el contexto del proceso laboral- un postulado ingenuo y "burdo respecto de la realidad". Además de incongruente con la afirmación del propio autor en el sentido que "el proceso no es el mercado, y que por tanto no debe actuar sin intervención alguna, pues aquí no existe ninguna *mano invisible* que vaya a igualar el poder

En Chile se dio una larga batalla para sepultar al juez inquisidor en el proceso penal y hubo finalmente consenso general en que el juez que acusa, investiga y juzga era una aberración intolerable⁶³. Resulta asaz curioso que todos los argu-

del imputado frente al *ius puniendi* del Estado, o del trabajador frente al empleador, o bien del consumidor frente al proveedor" (p.42). Hay que insistir en que no es con *la mano del juez* como debe resolverse tales asimetrías.

⁶³ Ya, CARNELUTTI había observado, con ocasión del proceso penal, que "la investigación es un trabajo psíquico, y a menudo físico, que puede alterar el juicio en el sentido de que el investigador puede ser arrastrado a una supervaloración de los resultados de la investigación, delineándose en él un interés por el éxito de aquélla; pero tal disposición de ánimo, si bien favorece a la investigación, perjudica la valoración...". CARNELUTTI, Francesco, *Lecciones de Proceso Penal*. Volumen II. Roma, 1949. En el mismo sentido –según informa Montero-, ha razonado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con sus sentencias en los casos *Piersack* de 1982 y *De Cubber* de 1984, estimando contraria al derecho a un tribunal imparcial, tal y como aparece recogido en el art. 6.1. del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950, la acumulación de la competencia por un mismo juez de las funciones instructora y juzgadora en el proceso penal, y, después, el Tribunal Constitucional español, en su sentencia 145/1998, de 12 de

julio, que entendió incluido ese derecho a un tribunal imparcial, al que no alude la Constitución española, en el derecho a un proceso con todas las garantías, al que sí se refiere de modo expreso el artículo 24.2 de la misma, y también respecto de la regla de que quien instruye no puede juzgar. El Tribunal Constitucional español, en la sentencia citada, siguiendo los lineamientos de los fallos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, razona que “la actividad instructora, en cuanto para el que la lleva a cabo supone entrar en contacto directo con el acusado y con los hechos y datos que deben servir para averiguar el delito y sus posibles responsables, puede provocar en el ánimo del instructor prejuicios e impresiones a favor o en contra del acusado que influyan a la hora de sentenciar. Y aunque aquello no suceda es difícil evitar la impresión de que el juez no acomete la función de juzgar sin la plena imparcialidad que le es exigible”. El profesor NICOLÁS LUCO ha advertido cómo “la aceptación de esta realidad es lo que ha llevado a aplicar en materia procesal penal uno de los principios básicos de la reforma efectuada en Chile: aislar completamente al juez que dictará sentencia de la actividad probatoria destinada a investigar los hechos de la causa y reunir las pruebas necesarias. No se ha querido siquiera que el juez penal intervenga en la autorización de diligencias probatorias ya que ello podría comprometer su independencia, razón por la cual se ha entregado dicha función a un juez distinto, el juez de garantía”. Concluye que “este celo del legislador de la reforma procesal penal debe ser aplicado igualmente en materia civil”. (LUCO, Nicolás: “¿De vuelta al sistema inquisitivo?”, En: LETURIA, Francisco

mentos que se esgrimieron entonces para transformar el proceso penal de inquisitivo en acusatorio y privar al juez penal de iniciativa probatoria pierdan automáticamente validez, ahora, al responder la cuestión sobre la iniciativa probatoria del juez en los procesos de naturaleza no criminal.

(ed.) *Justicia civil y comercial: Una reforma ¿cercana?*, Santiago de Chile: Ediciones LYD, 2011, pp. 220-221.

TERCERA PARTE:

DE LOS PELIGROS DEL PUBLICISMO PROCESAL

Como lúcidamente expone MONTERO: “Respecto de la función de la jurisdicción parece claro que hoy se mantienen sustancialmente dos posiciones: 1) Hay quienes sostienen que la jurisdicción persigue la actuación del derecho objetivo mediante la aplicación de la norma al caso concreto, de modo que al Estado le corresponde asegurar la actuación del derecho objetivo en todos los supuestos en los que el mismo no sea voluntariamente observado [...] la actividad jurisdiccional se ejercita solo con el fin o, por lo menos, con el fin principal, de asegurar el respeto del derecho objetivo [...]; 2) Otros sostenemos que la función de la jurisdicción debe centrarse en que el juez, siendo tercero e imparcial, es el último garante de los derechos que el ordenamiento jurídico reco-

noce al individuo, y sea cual fuere la rama del mismo que se tome en consideración”⁶⁴.

Y bajo esta misma óptica, como dice otro autor, “el individuo ha de ser libre en la medida del interés que deba moverle a luchar por su derecho o a dejarlo ignorado o insatisfecho. Se carece de razones para sostener que el derecho objetivo privado sea preferente al subjetivo y que el Estado tenga que velar por la satisfacción de éste, suplantando la voluntad de los sujetos en las relaciones jurídicas”⁶⁵.

La primera posición defiende el proceso civil *publicado* o *mixto*. La segunda, el proceso civil dispositivo. ¿Puede todavía sostenerse que estas dos posiciones son una alternativa ideológicamente neutral, *técnica*, sujeta simplemente a un criterio

⁶⁴ MONTERO, Juan, “Prueba y verdad en el proceso civil. Un intento de aclaración de la base ideológica de determinadas posiciones pretendidamente técnicas”. *En*: VVAA, *Estudios de Derecho Procesal Civil. Bases para un nuevo Código Procesal Civil*. Santiago, Chile: Librotecnia, 2010, pp. 26-27.

⁶⁵ PRIETO-CASTRO Y FERRANDIS, Leonardo, *op. cit.* (n. 25), p. 655.

de oportunidad o conveniencia del legislador o sería conveniente admitir que no da precisamente lo mismo uno y otro sistema?

Partiendo de la premisa que una modalidad eficiente para la solución de los conflictos debe construirse a partir de las bases mismas del sistema socio político democrático⁶⁶, la alternativa legítima parece ser una sola. En efecto, en un sistema socio político que se funda en el reconocimiento y respeto de las libertades individuales, no hay disyuntiva admisible, porque mientras el sistema dispositivo se basa en la primacía de la persona sobre el Estado, el sistema inquisitivo obedece al principio inverso.

“No se trata sólo de establecer quién es que puede –o debe– llevar el impulso procesal [sino de optar por] un proceso que sirva y pueda ser utilizado como medio de control social o de opresión,

⁶⁶ MATORANA, Cristián, “La debida, pronta y eficiente solución de los conflictos laborales”, en: *La Semana Jurídica*, n° 343, 4 al 10 junio, 2007, p. 3.

cual lo han pensado y puesto en práctica los regímenes totalitarios [...] o, por el contrario, un proceso que sirve como último bastión de la libertad en la tutela de los derechos y garantías constitucionales”⁶⁷.

La corriente de procesalistas partidarios del sistema inquisitivo se esfuerza por desmentir, contra la más prístina evidencia histórica, el origen profundamente antilibertario y liberticida de sus ideas y se manifiesta partidaria de la erradicación del lenguaje jurídico procesal de toda terminología que evoque a la Inquisición⁶⁸.

⁶⁷ ALVARADO, Adolfo, *op. cit.*, (n.33), pp. 62-63.

⁶⁸ TARUFFO aboga por “una operación de terapia lingüística consistente en dejar de usar el término [inquisitorio], al menos con referencia al proceso civil”. TARUFFO, Michelle, “Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa”. En su: *La prueba. Artículos y Conferencias*. Santiago, Chile: Editorial Metropolitana, 2009, p. 266.

En cierto modo tal reacción es comprensible puesto que, como recordaba LORD ACTON⁶⁹, pocos descubrimientos son tan exasperantes como los que revelan la genealogía de las ideas. Pese a los ingentes esfuerzos realizados para silenciar o absolver a los modelos procesales neo-inquisitivos de su pecado de origen⁷⁰, la pesada

⁶⁹ LORD ACTON, "La democracia en Europa". En su: *Ensayos sobre la libertad y el poder*. España: Unión Editorial, 1999, p. 295.

⁷⁰ Recientemente, en Chile, se ha sostenido, siguiendo nuevamente a TARUFFO, que "[e]l cambio que se verificó en relación a la naturaleza del proceso, antes concebido como algo puesto al servicio de los particulares, y después visto como medio a través del cual se expresa la autoridad del Estado, nada tuvo que ver con el surgimiento de una ideología diversa de la liberal ni mucho menos con una tentativa de inserción del proceso civil en una dimensión social, constituyendo solo el resultado de la evolución de la cultura jurídica". MARI-
NONI, Luiz; PÉREZ, Álvaro; y NÚÑEZ, Raúl. *Fundamentos del* (n. 28), p. 15. Por el contrario, Hans Walter FASCHING, luego de contrastar la ordenanza procesal civil alemana de 1877 "vinculada todavía a la ideología liberal" con la reforma austríaca de 1895 que consagraba "soluciones propias y, para aquel tiempo, revolucionarias" inspiradas en el pensamiento de KLEIN, afirma que "la superación del formalismo del pensa-

carga de su historia todavía los determina y sus promotores se traicionan, una y otra vez, cuando afirman que el fin del proceso es trascendente a las partes y que existe, no para ellas, sino para dar primacía a la realización del Derecho objetivo o la autoafirmación del Estado y otras fórmulas similares de apenas indisimulado totalitarismo.

Se intenta desacreditar la crítica al sistema inquisitivo o *mixto* mediante la caricatura taruffiana que imputa la corriente garantista la ecuación falaz “poderes de instrucción del juez = régimen autoritario”. Y en tal sentido se argumenta, con notable despliegue de erudición comparatista, que muchos países incuestionablemente democráticos han implementado el proceso civil “publicado” con un juez dotado de amplios poderes

miento jurídico de la época del liberalismo mediante una ‘nueva ética material de la responsabilidad’, que acentúa la función social del derecho constituye el principal fundamento de la nueva estructura del proceso” y agrega que “es evidente que el incremento de la autoridad del juez es proporcional a la tendencia social del proceso civil”. FASCHING, Hans Walter, *op. cit.* (n. 3), pp. 26-27.

formales y materiales y que nadie podría afirmar que esto los transforma en Estados autoritarios y todavía menos totalitarios⁷¹.

Afirmar esto es no entender nada. O *no querer* entender nada... (como estrategia erística esta caricatura pudiera resultar ingeniosa, pero no resiste mayor análisis para quien estudie con un mínimo de ecuanimidad la tesis garantista).

El árbol genealógico del proceso *publicado* que viene realizando pacientemente el movimiento garantista tiene por finalidad transparentar con qué fines políticos se configuró *originalmente* aquel sistema procesal; a qué fines perversos ha servido *en determinados contextos históricos*; y, lo más importante, ponernos en guardia sobre la facilidad con que, incluso en sociedades democráticas, y aparentemente respetuosas de los

⁷¹ Así TARUFFO, Michele, *Simplemente la verdad...* (n. 19), pp. 266 y ss.

derechos, puede convertirse en instrumento sutil de opresión contra los ciudadanos.

Pues, en efecto, tal opresión no sólo puede provenir desde un Estado autoritario o totalitario, sino también desde los mismos contrapoderes del Estado democrático. Tan peligrosa es una justicia falta de independencia como una justicia demasiado aislada del soberano⁷². Latinoamérica no es ajena a la existencia de unos jueces que pretenden imponer a la sociedad, inclusive *contra* las previsiones normativas del legislador democrático, su particular ideal de *justicia social*; su compromiso afectivo-ideológico con determinada clase social o colectivo humano históricamente victimizado o con la necesidad de acelerar el cambio social; etcétera, fenómeno que se conoce como “gobierno de los jueces”, “activismo” o “decisionismo” judicial.

⁷² GARAPON, Antoine, “El poder inédito de los jueces”, en: VVAA, *Jueces y Derecho*. México: Editorial Porrúa, 2008, p. 370.

Frente a la llamada ingenua a confiar en los jueces⁷³, sería altamente conveniente entender, de una vez por todas, que los jueces no son moralmente superiores a las propias partes ni a sus abogados. “Quieren presentarse como el último refugio de la virtud y del desinterés en una República abandonada por sus sacerdotes”⁷⁴, pero al igual que las partes y sus abogados se comportan, muchas veces, como hábiles patrocinadores de sus propios prejuicios y, a veces, ni siquiera demasiado hábiles⁷⁵.

Y es que, parafraseando nuevamente a NIETZSCHE, los jueces son también “humanos, demasia-

⁷³ BRAVO, Pablo, “Confiar en los jueces”, en: *La semana jurídica*, 11-24 de junio de 2008, año VIII. n° 375, p. 2.

⁷⁴ GARAPON, Antoine, *op. cit.*, (n.62), p. 369.

⁷⁵ *Vid.* HUNTER, Iván, “Vistos: se confirma la sentencia apelada” ¿existe el deber de motivar las sentencias en segunda instancia? (Corte de Apelaciones de Valdivia), en: *Revista de Derecho*, vol. 20, n° 2, 2007, pp. 239-247. Valdivia, Chile: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral.

do humanos” y, por tanto, están sujetos a las mismas pasiones de cualquier mortal. Para evitar que los conflictos se encarnicen o se prolonguen infinitamente las sociedades se han visto en la necesidad de darles el poder de ponerles punto final. Pero ese poder debe ser el mínimo indispensable para conseguir la paz social.

No se me escapa que “siempre es *posible* para el juez adoptar una actitud estratégica hacia los materiales [jurídicos], tratar de hacer que signifiquen algo distinto de lo que al principio parecía que significaban, o darles un significado que excluya otros inicialmente posibles”⁷⁶ y que “[n]o hay ninguna definición de imperio de la ley que pueda evitar que los jueces se esfuercen en esta dirección...”⁷⁷. Lo mismo puede señalarse respecto de la valoración de la prueba. Pero justamente

⁷⁶ KENNEDY, Duncan, “El comportamiento estratégico en la interpretación jurídica”. *En: Izquierda y Derecho*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2010, p. 32.

⁷⁷ *Ibid.*

la constatación de ese inquietante poder performativo debería movernos a mantener cortas las riendas en lugar de soltarlas fatalistamente, como defiende la corriente publicista.

Así lo entendió el legislador decimonónico que tenía buenos motivos para desconfiar de la judicatura. No se olvide que una de las principales quejas contra el Antiguo Régimen fue la arbitrariedad de sus jueces y que la Revolución Francesa tuvo entre sus objetivos fundamentales precisamente terminar de una vez por todas con esa intolerable arbitrariedad judicial.

Hoy, en cambio, vivimos una suerte de regresión al *Ancien Régime*, un “retroceso a formas premodernas de comprensión del derecho”⁷⁸.

En Chile y en toda Latinoamérica, la ley procesal está dejando de ser garantía y límite frente a la

⁷⁸ ATRIA, Fernando, “Jurisdicción e independencia judicial: el poder judicial como poder nulo”, en: *Revista de Estudios de la Justicia* n° 5, 2004, p. 140. Santiago, Chile: Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

arbitrariedad y al abuso de poder de los jueces y, muy por el contrario, fortalece cada vez más sus prerrogativas, con lo cual multiplica exponencialmente las posibilidades de la arbitrariedad judicial.

En lugar de hallar protección en la ley, las partes y sus abogados quedan entregados a la idiosincrasia de cada juez y deben implorar o cruzar los dedos para que les toque uno prudente. Presenciamos el ejercicio de la jurisdicción desnuda, marchamos hacia la jurisdicción sin proceso.

Estos peligros intenta conjurar el garantismo procesal, por desgracia, con similar efecto que CASANDRA ante los troyanos. Pues como observa GARAPON, en nuestros países latinos existe una inclinación cultural a los sistemas inquisitoriales: las simpatías populares no están con los abogados, sino con quien este autor llama el “pequeño juez”, con el juez justiciero, al cual, paradójica-

mente, se le valorará tanto más cuanto transgre-
da la ley y se oponga a su propia jerarquía⁷⁹.

Llama poderosamente la atención cómo esta comprensión vulgar de las cosas, que solo consigue ver una oposición maniquea entre el abogado forzosamente interesado y el juez forzosamente desinteresado, esforzándose por la justicia⁸⁰ consigue permear sectores académicos y políticos respecto de los cuales uno esperaría un mayor grado de lucidez que en la gente ayuna de formación jurídica⁸¹.

⁷⁹ GARAPON, Antoine, *op. cit.*, (n. 62), p. 385.

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ Leía yo recientemente en la prensa que el ministro de justicia declaró que nuestro procedimiento civil “surgió [en] el siglo XIX, se promulgó a principios del siglo XX y no está a la altura del siglo XXI”. Se me vino de inmediato a la mente aquella historia según la cual, JUAN HUS, ya quemándose en la hoguera y advirtiendo cómo una viejecilla, movida por su celo religioso, arrojaba más leña a las llamas, exclamó al Cielo: *O sancta simplicitas!* El eslogan del ministro se dice fácil y se repite a menudo. Es la leña que alimenta el fuego en que hoy se quema, poco a poco, la libertad. Pues, como muy bien saben sus enemigos, una mentira repetida mil

veces, tarde o temprano, termina por convertirse en verdad. Entrevista al Ministro de Justicia FELIPE BULNES: "Gobierno ajustará institucionalidad jurídica a estándares del siglo XXI", en: Diario *Estrategia*, lunes 25 de octubre de 2010, pp. 28-29

BIBLIOGRAFÍA

ALVARADO, Adolfo. *Garantismo procesal contra actuación judicial de oficio*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

ALVARADO, Adolfo. "La imparcialidad judicial y el sistema inquisitivo de juzgamiento". En: MONTERO, Juan (coord.). *Proceso Civil e Ideología*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, pp. 217-247.

ALVARADO, Adolfo. *La garantía constitucional del proceso y el activismo judicial. ¿Qué es el garantismo procesal?*. Colombia: Ediciones Nueva Jurídica, 2011

ATRIA, Fernando. "Jurisdicción e independencia judicial: el poder judicial como poder nulo", en: *Revista de Estudios de la Justicia* nº 5, 2004. Santiago, Chile: Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

BORDALÍ, Andrés. "Los poderes del juez civil". En: DE LA OLIVA, Andrés y PALOMO, Diego (coord.),

Proceso Civil. Hacia una nueva justicia civil. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007.

BRAVO, Pablo. "Confiar en los jueces", en: *La semana jurídica*, 11-24 de junio de 2008, año VIII. n° 375.

CAAMAÑO, Eduardo. "El procedimiento de tutela: una innovación en el sentido correcto", en: *La Semana Jurídica*, n° 335, 9-15 de abril. Santiago, Chile: Lexis Nexis, 2007.

CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones de Proceso Penal.* Volumen II. Roma, 1949.

CAROCCA, Alex. *Manual de Derecho Procesal. Tomo II. Los procesos declarativos.* Santiago: Lexis Nexis, 2003.

CAROCCA, Alex. "Las garantías constitucionales del sistema procesal chileno", en: *Ius et Praxis*, año 3, n° 2. Talca: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca.

CIPRIANI, Franco. "En el centenario del reglamento de Klein (El proceso civil entre libertad y autori-

dad)". En su: *Batallas por la justicia civil*. Lima, Perú: Editorial Cultural Cuzco. 2003.

CIPRIANI, Franco. "El autoritarismo procesal (y las pruebas documentales)", en: *Ius et Praxis*, vol. 13, n°2, pp. 45-55. Talca: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca.

ETXEBERRÍA, José. *Las facultades judiciales en materia probatoria en la LEC*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

EVANS, Enrique: *Los derechos constitucionales*, Tomo II, 3ª edición, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2004

FASCHING, Hans Walter. "Liberalización y socialización del proceso civil", en: *Quinto Congreso Internacional de Derecho Procesal*, México, 1972, (disponible online en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/13/art/art2.pdf>).

FERNÁNDEZ, Raúl. *Las facultades y deberes del juez en materia probatoria en el proceso laboral*. Análi-

sis crítico. Santiago, Chile: Puntotex-Thomson Reuters, 2011.

FUCHS, Andrés. *Proceso, prueba y verdad*, Santiago de Chile: Editorial Metropolitana, 2011.

GARAPON, Antoine. "El poder inédito de los jueces", en: VVAA, *Jueces y Derecho*. México: Editorial Porrúa, 2008.

GOLDSTEIN, Eduardo y MARIEZCURRENA, Patricia. "Algunas reflexiones sobre los poderes de instrucción en el proceso laboral". En: *Derecho Procesal del Trabajo. Treinta estudios*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2005.

HAYEK, ASHTON, HACKER, DE JOUVENEL, HUTT. *El capitalismo y los historiadores*. Madrid: Unión Editorial, 1974.

HAYEK, Friedrich. *La fatal arrogancia. Los errores del socialismo*. Madrid: Unión Editorial, 1990.

HAYEK, Friedrich. "El espejismo de la justicia social". En su: *Derecho, Legislación y Libertad*. Madrid: Unión Editorial, 2006.

HUNTER, Iván. "Potestades oficiosas del juez: ¿un síntoma de autoritarismo?", en: *La Semana Jurídica*, n° 347, 2-8 de julio, 2007.

HUNTER, Iván. "Poderes del juez civil: Algunas consideraciones a propósito del juez de familia", en: *Revista de Derecho*, vol. 20, n° 1, 2007, pp. 205-229. Valdivia, Chile: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral.

HUNTER, Iván. "Vistos: se confirma la sentencia apelada" ¿existe el deber de motivar las sentencias en segunda instancia? (Corte de Apelaciones de Valdivia), en: *Revista de Derecho*, vol. 20, n° 2, 2007. Valdivia, Chile: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral.

HUNTER, Iván. *Las potestades probatorias del juez de familia*. Santiago, Chile: Legal Publishing, 2008.

HUNTER, Iván. "El principio dispositivo y los poderes del juez", en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XXXV

nº 2, 2010. Valparaíso: Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

JEQUIER, E. "La obtención ilícita de la fuente de la prueba en el proceso civil, análisis comparativo del ordenamiento jurídico español y chileno", en: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 34 nº3, 2007, pp. 457-494.

KENNEDY, Duncan. "El comportamiento estratégico en la interpretación jurídica". En: *Izquierda y Derecho*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2010.

LORD ACTON. "La democracia en Europa". En su: *Ensayos sobre la libertad y el poder*. España: Unión Editorial, 1999.

LUCO, Nicolás: "¿De vuelta al sistema inquisitivo?", En: LETURIA, Francisco (ed.) *Justicia civil y comercial: Una reforma ¿cercana?*, Santiago de Chile: Ediciones LYD, 2011, pp. 207-229.

MARINONI, Luis; PÉREZ, Álvaro y NÚÑEZ, Raúl. *Fundamentos del proceso civil. Hacia una teoría de la*

adjudicación. Santiago, Chile: Abeledo Perrot, 2010.

MATURANA, Cristián. “La debida, pronta y eficiente solución de los conflictos laborales”, en: *La Semana Jurídica*, nº 343, 4 al 10 junio, 2007.

MATURANA, Humberto: *La realidad: ¿objetiva o construida? Fundamentos biológicos de la realidad*, 2ª edición, dos tomos, España: Editorial Anthropos, 2009.

MONTELEONE, Girolamo. “El actual debate sobre las ‘orientaciones publicísticas’ del proceso civil”. En: MONTERO, Juan (coord.), *Proceso civil e ideología. Un prefacio, una sentencia, dos cartas, quince ensayos y moción de Valencia*. Santiago, Chile: Editorial Metropolitana, 2008.

MONTERO, Juan, *Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales*, Valencia, España: Tirant lo Blanch, 1999.

MONTERO, Juan. *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los poderes del juez y la oralidad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.

MONTERO, Juan. "Sobre el mito autoritario de la buena fe procesal". En: MONTERO, Juan (coord.), *Proceso Civil e Ideología*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

MONTERO, Juan (coord.), *Proceso Civil e Ideología*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

MONTERO, Juan. "Prueba y verdad en el proceso civil. Un intento de aclaración de la base ideológica de determinadas posiciones pretendidamente técnicas". En: VVAA, *Estudios de Derecho Procesal Civil. Bases para un nuevo Código Procesal Civil*. Santiago, Chile: Librotecnia, 2010.

NÚÑEZ, Raúl. "El sistema de recursos procesales en el ámbito civil en un Estado democrático deliberativo", en: *Ius et Praxis*, Talca, año 14, nº 1. Talca: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca.

PALAVECINO, Claudio. "El retorno del inquisidor. Las potestades judiciales en materia probatoria en el procedimiento laboral chileno", *Revista Laboral Chilena*, N°173, enero, 2009, pp. 73-85

PALAVECINO, Claudio. "Sistemas procesales e ideología. Reflexiones a propósito de la reforma procesal laboral chilena", en *Revista Dogmática Procesal Latinoamericana. Temas de Derecho procesal*, Instituto Sudamericano de Dogmática Procesal, Capítulo Perú, N°4, octubre 2010, pp.15-28.

PRIETO-CASTRO Y FERRANDIS, Leonardo. "Informe General sobre los principios políticos y técnicos para una Ley Procesal Civil Uniforme en la Comunidad Hispánica de Naciones", en: "Trabajos y orientaciones de Derecho procesal", *Revista de Derecho privado*. Madrid, 1964.

RACCIATI, O. "Trascendencia procesal de los principios del derecho del trabajo", en: *Revista Derecho Laboral* n° 196, Montevideo, octubre-diciembre, 1999, pp. 836 y ss.

RACCIATI, O. "Los principios del derecho laboral en el derecho procesal del trabajo". En: *Derecho Procesal del Trabajo. Treinta estudios*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2005, pp. 17-33.

RORTY, Richard. "Orquídeas silvestres y Trotski". En su: *Filosofía y Futuro*. Barcelona: Gedisa, 2008.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 2003.

SCHÖNKE, Adolf. *Derecho procesal civil*. Barcelona: Bosch, 1950.

SOTO KLOSS, Eduardo. "La potestad sancionadora de la administración, ¿se adecua a la Constitución", en: VVAA. *Sanciones administrativas y derechos fundamentales: regulación y nuevo intervencionismo*. Santiago: Academia de Derecho Universidad Santo Tomás, 2005, pp. 29-49.

TARUFFO, Michele. "Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa", en: *Ius et Praxis*,

vol.12 nº 2, 2006. Talca: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca.

TARUFFO, Michelle. "Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa". En su: *La prueba. Artículos y Conferencias*. Santiago, Chile: Editorial Metropolitana, 2009.

TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*. Madrid: Marcial Pons, 2010.

WACH, Adolf. "El juez y las partes". En: *Conferencias sobre la Ordenanza Procesal Civil Alemana*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1958.

WACH, Adolf. "El sistema de prueba". En: *Conferencias sobre la Ordenanza Procesal Civil Alemana*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1958.

WALTER, Rodolfo y LANATA, Gabriela. *Régimen legal del nuevo proceso laboral chileno. Estudio de las modificaciones introducidas por las leyes N°*

20.022, 20.023 y 20.087-2^a edición-. Santiago:
Lexis Nexis, 2007.

ÍNDICE GENERAL

Primera parte: Crítica a los fundamentos publicísticos de la iniciativa probatoria judicial en los procesos civiles.....	7
1. Sobre la moderna comprensión del principio dispositivo por el <i>publicismo</i>	7
2. La naturaleza jurídico-privada del objeto del proceso civil elimina la máxima de libre investigación.....	19
3. Incompatibilidad de los fines privados y públicos dentro del proceso civil.....	27
4. La pretendida función epistémica del proceso	37
Segunda parte: La iniciativa probatoria judicial en el proceso civil y el debido proceso	47
Tercera parte: De los peligros del publicismo procesal	65
Bibliografía	79

Índice general.....	91
---------------------	----