

EL PRINCIPIO DISPOSITIVO Y LOS PODERES DEL JUEZ*

[“Principle of the Initiative of the Parties and the Powers of the Judge”]

IVÁN HUNTER AMPUERO**
Universidad Austral de Chile

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto dar cuenta del fundamento y ámbito de aplicación que tiene y debe reconocerse al principio dispositivo en el marco del *Proyecto de Código Procesal Civil*, con la finalidad de determinar cuál es su grado de influencia en la distribución de roles o tareas procesales. Junto a lo anterior, este pretende hacerse cargo de una serie de problemas netamente procesales derivados de la consagración de este principio mediante reglas expresas, analizando su relación con la aportación de prueba *ex officio*, con la introducción de los elementos de hecho, y con la aplicación judicial del Derecho.

PALABRAS CLAVE: Principio dispositivo – Poderes del juez – Alegación de hechos – Aplicación judicial del Derecho.

ABSTRACT

This work aims at accounting for the application grounds and scope that the principle of initiative of the parties has and that must be recognized in it within the framework of the *Code of Civil Procedure Project*, in order to determine the degree of influence in the distribution of procedural roles or tasks. Together with the foregoing, this work attempts to address a series of problems of procedural nature basically arising from enshrining this principle by means of express rules, analyzing their relationship with the contribution of *ex officio* proof, with the introduction of the *de facto* elements and with the legal application of Law.

KEYWORDS: Principle of initiative of the parties – Powers of the judge – Allegation of facts – Legal application of Law

* Este trabajo fue realizado en el marco y con el financiamiento de la Dirección de Investigación y Desarrollo de la Universidad Austral de Chile (DID), proyecto N° 2010-12 (2010-2011), titulado “El rol del juez en el Proyecto de Código Procesal Civil”, del cual el autor de este trabajo es su investigador responsable.

** Doctor en Derecho por la Universidad Carlos III, de Madrid y Magister en Derecho por la Universidad Austral de Chile. Profesor de Derecho Procesal de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile. Dirección postal: Universidad Austral de Chile, Campus Isla Teja s/n, Casilla 567, Valdivia, Chile. Correo electrónico: ivanhunter@uach.cl.

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los conceptos más recurridos del proceso civil moderno es el denominado “principio dispositivo”. Generalmente cuando se le hace referencia se piensa en un conjunto de condiciones que deben cumplir los procesos civiles para recoger y dar operatividad a cierto atributo del derecho subjetivo e interés legítimo que es su objeto. El carácter instrumental del proceso civil y su permeabilidad a la ideología política-económica permiten recoger una serie de instituciones que tienden a dar cabida a la libre disponibilidad del derecho o interés que se controvierte. Se trata de proyectar a la esfera judicial la autonomía negocial que goza el titular del derecho, reconociendo reglas precisas que reconozcan su plena disponibilidad.

En el seno de un Estado Democrático de Derecho –como el chileno–, donde la afirmación de la autonomía individual y la protección constitucional de la propiedad constituyen los ejes articuladores del sistema económico, nadie podría discutir la actuación del principio dispositivo, habiendo cierto consenso al momento de identificar un conjunto central de reglas que se fundamentan en la naturaleza privada y disponible de los derechos. Lo que sí me genera dudas es si esa identificación puede predicarse respecto de otras reglas procesales que directa o tangencialmente tienen injerencia en el principio dispositivo. Esa es la finalidad principal de esta investigación.

Las líneas que siguen tienen un doble propósito: (II) en primer lugar, precisar los **contornos** que conforman el principio dispositivo así como sus fundamentos jurídico-materiales, con el objeto de marcar su campo de actuación y separarlo de otros fenómenos procesales que tradicionalmente se han fundamentado en él. Luego, (III) en segundo lugar, intentaré dar cuenta de algunos problemas del principio en cuestión con relación a algunas instituciones del proceso civil, a la luz de las disposiciones del Proyecto de Código Procesal Civil (en adelante PCPC.). En específico, abordaré su implicancia con: (1) **la iniciativa probatoria del tribunal**; (2) **con la aportación del elemento fáctico de la controversia**, y; (3) **con la aportación del material jurídico de la pretensión**. Finalizaré este trabajo (IV) con las conclusiones.

II. EL PRINCIPIO DISPOSITIVO:

FUNDAMENTOS Y ELEMENTOS QUE LO COMPONEN

1. *Origen del principio dispositivo.*

En el Derecho Romano clásico la denominada *litiscontestatio* producía un efecto consuntivo y novador sobre el derecho reclamado que se estimaba incompatible con su disposición. Este efecto consistió en que el demandante, por el solo hecho de colocarlo en un proceso judicial, perdía toda

posibilidad de realizar actos de disposición sobre el derecho. Ya en el proceso moderno, el derecho subjetivo pervive con la iniciación del proceso, y de ahí la posibilidad de disponerlo íntegramente una vez comenzada la actividad jurisdiccional¹.

Superada la organización desigualitaria y jerárquica del Ancien Régime, el proceso civil junto con estructurar principios genuinos, propios de la estructura judicial moderna², recoge aquellos valores enarbolados en la Revolución Francesa. Fue así como estos ideales se plasmaron profundamente en la organización de la judicatura y en menor medida en el procedimiento³, con la consecuencia inmediata de la construcción de un **modelo procesal basado en la igualdad formal de todas las personas y en la concepción de los derechos como facultades absolutas**⁴. Siendo el individualismo el criterio filosófico, político y económico imperante no es de extrañar que se concibiera al proceso civil judicial como una cuestión privada, que sólo interesaba a los litigantes que concurrían a la resolución de su disputa.



Bajo este esquema liberal propio del siglo XIX, la disponibilidad de los derechos fue llevada a sus extremos, asumiéndose como válidas, paralela y conjuntamente, dos versiones del principio dispositivo: por un lado, el postulado de que los ciudadanos podían disponer de modo absoluto de sus derechos subjetivos e intereses objeto de la tutela jurisdiccional y; por el otro, que esa libertad también se proyectaba al proceso, por ende, las partes gozaban de un señorío sobre los actos del proceso. En esta dinámica el referido principio comprendía tanto la esfera material de la tutela jurisdiccional (relación jurídico-material) como la netamente procesal (relación jurídico-procesal), esto es, el cauce por el cual el Estado prestaba la tutela⁵.

¹ Véase: MORÓN, Manuel, *Derecho Procesal Civil. Cuestiones Fundamentales* (Madrid, Marcial Pons), 1993, p. 84.

² Véase: DENTI, Vittorio, *L'evoluzione del diritto delle prove nei processi civili contemporanei* en *Rivista di Diritto Processuale*, 20 (1965), p. 32.

³ CHIARLONI, Sergio, *Il presente como storia: dai codici di procedura civile sardi alle recentissime riforme e proposte di riforme*, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2 (2004), p. 450, opina que la revolución vio en los abogados una clase de dirigentes burgueses de privilegios, sin caer en las exageraciones del pasado. Bajo este punto de vista **hereda tranquilamente el orden y la forma del juicio del antiguo régimen, pero en un contexto donde la estructura judicial fue revolucionada, aboliendo la hereditariadad y venalidad de los cargos y la separación de procedimientos rápidos y poco costosos dedicados a las relaciones comerciales, a la tutela de la propiedad y de la posesión.**

⁴ Véase: DEVIS, Hernando, *Facultades y deberes del juez en el moderno proceso civil*, en *Estudios de Derecho Procesal* (Buenos Aires, Zavalia Editores, 1985), p. 255.

⁵ Sin lugar a dudas la comprensión acerca de lo debía ser el proceso constituía el reflejo, en el ámbito de la judicatura, de los derechos de corte individual y económico como la propiedad. Como lo afirma DEVIS, Hernando, *La iniciativa probatoria del juez en el proceso contemporáneo*, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, 4 (1967), p. 637,

Más tarde la doctrina alemana de principios del siglo XX precisó una distinción que mantiene plena vigencia hasta al día de hoy: separó el principio dispositivo material y el principio dispositivo procesal. Como explica Liebman, bajo el estímulo de las reformas legislativas y una mirada más analítica a los ordenamientos procesales, hizo entrada la tendencia a distinguir, por un lado, el derecho exclusivo de las partes de proponer el proceso y de pedir la tutela jurisdiccional por los propios interesados, de otra regla de la iniciativa de las partes en la instrucción de la causa⁶. El primero, también conocido simplemente como principio dispositivo (“Dispositionsprinzip”, en la procesalismo alemán) pone el centro de atención en la titularidad de los particulares sobre los derechos objeto del proceso y la consecuente posibilidad de disponer libremente de los mismos con actos vinculantes para el juez. El segundo, por el contrario, actualmente conocido como principio de aportación de parte (“Verhandlungsmaxime” en la lengua alemana o principio de la “disponibilità delle prove”, en la doctrina italiana), mira al desarrollo formal del proceso, esencialmente, a la introducción de los hechos y la prueba.

Esta distinción basada en la diversa naturaleza de los derechos e intereses en juego con la actividad jurisdiccional, permite distinguir entre un conjunto de disposiciones que miran al desarrollo netamente procesal, y otro conjunto de normas que están destinadas a permitir la actuación de los derechos materiales en el proceso. Y esa es la diferencia que debe encontrarse cuando se hable del fundamento del principio dispositivo.

2. Los derechos fundamentales como sustrato normativo del principio dispositivo.

El principio dispositivo, en cuanto informador del proceso civil, carece de reconocimiento constitucional directo. No hay norma que imponga al legislador la necesidad de establecer un proceso que acoja sus máximas de actuación. Tradicionalmente la doctrina lo ha reconocido como un principio básico e informador del proceso civil estrechamente ligado a la naturaleza privada de los derechos subjetivos pero sin reconocer una fuente normativa constitucional directa y precisa. Así entonces, surge el interrogante de cómo hacer que este principio se atribuya como un imperativo de necesidad en

aquel concepto riguroso de derecho privado se reflejó intensamente en las nociones de acción y jurisdicción en materia civil y comercial, por ende, el juez debía ser totalmente pasivo, carente de iniciativa de impulso frente a la actividad de los litigantes y, al mismo tiempo, no debía gozar de ningún tipo de herramienta para investigar la verdad.

⁶ Cfr., LIEBMAN, Tulio Enrico, *Fundamento del principio dispositivo*, en *Rivista di Diritto Processuale*, 4 (1960), pp. 551-552.

la configuración del proceso civil y no como una simple opción de política legislativa⁷.

En este sentido, me parece razonable que para asegurar al ciudadano un proceso civil respetuoso de la naturaleza privada de sus derechos e intereses, se arranque desde la *Constitución Política de la República* (en adelante C.Pol.), y, en especial, de los derechos fundamentales sustantivos que consagra. Más aún, asumiendo que el contenido de tales derechos pueda encontrarse muchas veces indeterminado, entiendo que es suficiente apoyarse en aquello que constituye un núcleo indiscutible. En efecto, como es sabido, la C.Pol. asegura en su artículo 19 N° 24 el derecho de propiedad, en sus diversas especies, sobre toda clase de bienes corporales e incorporales⁸. Esta protección se extiende no sólo a los atributos de la propiedad sino también a sus facultades, esto es, a la posibilidad de usar, gozar y disponer del derecho. Así las cosas, si el Estado asegura a los ciudadanos la propiedad y su libre disponibilidad, es evidente que sólo al titular del derecho subjetivo le compete discernir, sobre criterios de oportunidad, si desea tutelar jurisdiccionalmente tal derecho dando inicio a un proceso por medio del ejercicio de la acción, definir el contenido y alcance de la tutela solicitada, y poner fin al proceso⁹. El Estado,

⁷Es perfectamente justificable el esfuerzo de buscar un asiento normativo constitucional al principio dispositivo. Sin embargo, tampoco cabe rechazar su entendimiento como un principio informador del derecho procesal civil, en el cual se recogen una serie de prácticas racionales consideradas como la “buena doctrina”, similar a los principios que históricamente han informado al Derecho Civil o al Derecho Penal. En estas ramas se han ido articulando una serie de ideas-fuerzas o principios estructurales, como la autonomía de la voluntad, la buena fe, o la última *ratio*; principios que gozan de cierta aceptación a nivel de la doctrina y jurisprudencia, y tienen una importante función tanto interpretativa como orientadora para los diversos operadores jurídicos. Creo que también cae dentro de esta categoría el principio dispositivo, actualmente aceptado y reconocido como un principio elemental del derecho procesal civil patrimonial, sobre el cual deben estructurarse los procesos civiles patrimoniales.

⁸Si bien puede sustentarse que los derechos fundamentales tienen un contenido indeterminado que hace dudoso el anclaje constitucional del principio dispositivo, me parece que el núcleo del derecho de propiedad escapa de dicha deficiencia, puesto que no es posible entender a la propiedad constitucional, así como sus atributos y facultades, sin recurrir a los conceptos que utiliza el Código Civil. Véase: VARAS, Juan Andrés, *Limitaciones a la propiedad: una perspectiva civil*, en *La constitucionalización del Derecho chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003), p. 148. En Chile, BORDALÍ, Andrés, *Los poderes del juez civil*, en DE LA OLIVA SANTOS - PALOMO VÉLEZ (coordinadores), *Proceso Civil. Hacia una nueva justicia civil* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007), p. 190, sustenta que el principio dispositivo se afianza en el artículo 19 N° 24 de la C.Pol.

⁹Gran parte de la doctrina comparada junto al derecho de propiedad entiende encontrar el fundamento constitucional del principio dispositivo en la libertad de empresa, ambos como ejes articuladores de un determinado modelo económico y jurídico.

por su parte, no tiene ningún tipo de poder para intervenir en esos actos, dado que únicamente hay un interés privado que puede ser libremente dispuesto por su titular. No sucede lo mismo cuando existen intereses generales o públicos, puesto que en ese caso el legislador puede dotar a un órgano del Estado de ciertos poderes autónomos de inicio, delimitación y finalización de la controversia¹⁰.

De esta forma el principio dispositivo viene referido al campo del derecho sustancial como una expresión sintética de la regla según la cual se reserva a la voluntad de los privados la disposición negocial de sus situaciones jurídicas subjetivas, salvo excepciones¹¹. Esta fórmula (imposible de ser comprendida sin recurrir al derecho de propiedad), se proyecta al campo jurisdiccional, donde el ciudadano puede disponer jurisdiccionalmente de sus derechos, recurriendo o renunciando a la tutela judicial, y decidiendo ponerle término en cualquier instante¹².

3. *Máximas del principio dispositivo y el “Proyecto de Código Procesal Civil”.*

Pero más allá de justificar y encontrar un fundamento constitucional al principio dispositivo, es claro que nuestro PCPC. recoge y consagra aquellas máximas que la doctrina ha considerado que forma parte de su establecimiento, y que vienen a recoger aquel carácter privado del derecho sustantivo objeto de la tutela jurisdiccional.

Véase: PICÓ I JUNOY, Joan, *El derecho a la prueba en el proceso civil* (Barcelona, Bosch Editor, 1996), p. 213.

¹⁰ Esto es lo que sucede con los procedimientos para la aplicación judicial de medidas de protección de los derechos de los niños, niñas o adolescentes que, de acuerdo al artículo 70 de la Ley de Tribunales de Familia, pueden iniciarse de oficio por el juez. Esta posibilidad puede generar algunas dudas acerca de la imparcialidad del juez. Sobre la imparcialidad en el derecho chileno, véase: BORDALÍ, Andrés, *El derecho fundamental a un tribunal independiente e imparcial en el ordenamiento jurídico chileno*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 31 (Valparaíso, Chile, 2º semestre, 2009), pp. 263 a 302.

¹¹ BUONCRISTIANI, Dino, *L'allegazione dei fatti nel processo civile. Profili sistematici* (Torino, Giappichelli Editore, 2001), p. 12.

¹² La posibilidad de recurrir a los tribunales para obtener la protección de los derechos subjetivos fue considerado en el proceso civil del siglo XIX como una forma de reafirmar o implementar el derecho, de ahí que el proceso estaba concebido únicamente como una forma de auxiliar o secundar el sistema jurídico y su finalidad última fue dotar a los ciudadanos de herramientas para la protección de sus derechos. Véase: TARUFFO, Michele, *Páginas sobre la justicia civil. Proceso y derecho* (Madrid, traducción de Maximiliano Aramburo Calle, Marcial Pons, 2009), p. 31.

En ese sentido, puede decirse que el principio dispositivo está integrado, a lo menos, por los siguientes elementos¹³:

En primer lugar, la actividad jurisdiccional sólo puede iniciarse ante la petición del interesado, es decir, todo órgano jurisdiccional debe actuar rogadoamente (“*nemo iudex sine actore*”)¹⁴. Esta manifestación del principio está recogida en los artículos 3 y 230 PCPC., y además de reflejar el respeto por la titularidad privada de los derechos permite separar las funciones de parte y juez asegurando la imparcialidad del juzgador.

En segundo lugar, la determinación concreta del interés cuya satisfacción se solicita del órgano jurisdiccional es exclusiva facultad de las partes; el actor por medio de la pretensión y el demandado a través de la resistencia, marcan los límites del objeto del juicio y el juez carece de potestades para modificar algunos de sus elementos: las partes, la causa de pedir o el objeto pedido. Así se dispone también en el artículo 3 del PCPC.¹⁵

¹³ Hay cierto consenso doctrinal en orden a cuáles son los elementos que conforman el contenido medular del principio dispositivo. Al respecto puede consultarse: ALMAGRO, José, *Garantías constitucionales del proceso civil*, en *Para un proceso civil eficaz* (Barcelona, Universidad Autónoma de Barcelona, 1982), p. 12; MONTERO, Juan, *La prueba en el proceso civil* (Navarra, Thomson Aranzadi, 2005), p. 473. Del mismo autor: *Los principios políticos de la nueva ley de enjuiciamiento civil. Los poderes del juez y la oralidad* (Valencia, Tirant lo Blanch, 2000), p. 64; PICÓ I JUNOY, Joan, cit. (n. 9), pp. 212-213; ETXEBERRÍA, José, *Las facultades judiciales en materia probatoria en la LEC* (Valencia, Tirant lo Blanch, 2003), p. 23 ss.; VÁZQUEZ, José, *Los principios del proceso civil*, *Revista Justicia*, 93 (1993), pp. 615-619; CAPPELLETTI, Mauro, *El testimonio de la parte en el sistema de la oralidad. Contribución a la teoría de la utilización probatoria del saber privado de las partes en el proceso civil* (La Plata, Librería Editorial Platense, 2002), I, pp. 314-316; y del mismo autor: *El proceso civil en el derecho comparado* (Lima, Ara Editores, 2006), pp. 36-50; ANDRIOLI, Virgilio, *Prova (Diritto processuale civile)*, en *Novissimo Digesto Italiano* (Torino, UTET, 1979-1982), XIII, p. 277; CARRERAS, Miguel, *Facultades materiales de dirección*, en *Estudios de Derecho Procesal*, con Fenech, Miguel (Barcelona, Librería Bosch, 1962), p. 256; PECCHI, Carlos, *La participación del juez en el proceso civil. Su aplicación al CPC Chileno*, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 24 (1975), p. 865.

¹⁴ Señalan las referidas disposiciones: “artículo 3°. *Iniciativa y disposición de derechos. La iniciación del proceso, así como la introducción de las pretensiones y excepciones incumben a las partes. El Tribunal sólo podrá actuar de oficio y pronunciarse sobre pretensiones y excepciones que no se hubieren hecho valer por las partes cuando la ley lo faculte expresamente*”. Agrega en su inciso 2°: “*Las partes podrán disponer de sus derechos, salvo que ellos fueren indisponibles por mandato de la ley, y terminar, unilateralmente o de común acuerdo, el proceso pendiente en la forma prevista en la ley*”. Por su parte, el artículo 230 dispone: “*Oportunidad. El juicio ordinario comenzará por demanda escrita, sin perjuicio de las medidas prejudiciales que pudiere solicitar en los casos previstos en la ley*”.

¹⁵ Esta prohibición de ir más allá de los límites impuestos por las partes también puede justificarse desde el derecho de defensa. El juez no puede cambiar los términos

En tercer lugar, el órgano jurisdiccional debe ser congruente con los límites impuestos por la pretensión y resistencia (*ne eat iudex ultra vel extra petita partium*). Esta manifestación también tiene un reconocimiento en el artículo 3 del PCPC., pero además se contempla como un requisito que deben cumplir las sentencias de primera instancia (artículo 186¹⁶ PCPC.) y una causal específica del recurso de apelación [artículo 366 letra h) PCPC.]. Doctrinariamente se le conoce como *principio de congruencia*¹⁷.

Por último, si las partes son las únicas que pueden incoar la actividad jurisdiccional también son las únicas que pueden ponerle término disponiendo de los derechos e intereses cuya satisfacción se solicita (*res in iudicium deductae*). Así lo dispone de modo expreso el artículo 3 inciso 2º del PCPC.

Cualquier potestad judicial que interfiera en algunos de estos actos es una intromisión ilegítima del Estado en la libertad de los individuos y en la titularidad de sus derechos. En este sentido, si los poderes de intervención judicial en nada interfieren ni afectan a estos elementos entonces el legislador podrá dotar a un juez determinado de amplias potestades. Otra cosa es, por cierto, que la intensidad y regulación de esos poderes pueda afectar derechos constitucionales de carácter procesal como el derecho de defensa o la imparcialidad del juzgador.

4. *Algunas consecuencias prácticas de la verdadera naturaleza del principio dispositivo.*

Lo dicho hasta aquí lejos de constituir un problema puramente teórico tiene importantes repercusiones prácticas: en primer lugar, es razonable entender que el legislador no puede apartarse de configurar un proceso que prescinda de respetar las máximas del principio dispositivo. Este modelo aparte de tener una justificación racional como principio básico del derecho procesal civil (según ya lo explicamos) es un verdadero imperativo constitucional, al menos, en los extremos de la iniciación y finalización del proceso a requerimiento del ciudadano. En segundo lugar, si efectivamente el principio en cuestión se conecta con el derecho sustantivo, entonces todo

del debate ni decidir una cuestión que no haya sido introducida previamente y sobre la cual no se haya generado contradicción. En este sentido, puede decirse que la contradicción es el límite y a la vez lo que legitima la decisión jurisdiccional.

¹⁶ artículo 186: "*Congruencia o Competencia Específica. Las sentencias se pronunciarán conforme al mérito del proceso, y no podrán extenderse a puntos que no hayan sido expresamente sometidos a juicio por las partes, salvo en cuanto las leyes manden o permitan a los tribunales proceder de oficio*".

¹⁷ La exigencia de congruencia de las resoluciones judiciales puede ser justificada recurriendo al derecho de defensa, puesto que plantea la necesidad de que el juez resuelva únicamente sobre el contenido de las acciones y excepciones deducidas, y sin introducir una justificación innovadora que no haya sido objeto de un contradictorio preventivo.

poder reconocido al juez que no afecte su libertad de disposición, es legítimo y debería considerarse compatible con aquél.

Esta última conclusión no parece ser compartida por cierto sector de la jurisprudencia nacional que entiende que la asignación de poderes al juez en orden al control formal y del impulso procesal resulta incompatible con un proceso guiado por el principio dispositivo¹⁸. Sin embargo, entiendo que tales sentencias se yerguen sobre bases netamente normativas, en el sentido de entender la distribución de roles procesales a través de un estudio singular de las normas jurídicas de nuestros códigos procedimentales, anclados en un contexto histórico donde aun primaban los viejos ideales liberales del siglo XIX. Hoy en día el proceso (civil, laboral, familia o penal) no debe ser mirado como el puro resultado de la excitación del particular por medio de la acción, sino también como el cauce normal del desarrollo de la actividad jurisdiccional¹⁹. Esto implica que dentro del proceso conviven y se encuentran el interés del justiciable que pide tutela por medio de la acción y el del Estado, por medio de la jurisdicción que está en el imperativo de otorgar la tutela pedida (sea favorable o desfavorable, pero en todo caso correcta). El Estado tiene un interés en la pronta resolución de los litigios desde el momento en que compromete sus recursos materiales y humanos, e insta por su utilización racional y razonable. La conjunción de ambos intereses proyecta su contenido en toda la actividad procesal, especialmente en la actividad de impulso que perfectamente puede recaer, ya sea en forma general, ya sea en forma específica, en el órgano que ejerce la jurisdicción. De ahí que se predique, según Ramos Méndez, la autonomía de la judicatura para la consecución de los actos del proceso²⁰.

De lo dicho se puede colegir que la asignación al juez de fuertes poderes en

¹⁸ Especialmente relevante es la sentencia de la Corte Suprema de 25 de marzo de 2009, rol N° 7491-2008, que señala: “Considerando Cuarto: *Dentro del ámbito procesal, ello trasunta en el efecto del incumplimiento de una determinada actuación o carga dentro de un lapso determinado, lo que presupone que el procedimiento respectivo se erija sobre el principio dispositivo pues sólo así se explica y justifica el deber de las partes de impulsar el mismo.*” Para un comentario crítico de este fallo puede verse: HUNTER, Iván, *¿Tiene el tribunal algún deber en orden al impulso procesal en el actual proceso civil chileno?*, en *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, 21 (Valdivia, Chile, julio 2009), pp. 265-274. Otra sentencia de la Corte Suprema de 6 de junio de 2007, rol N° 5702-2005, si bien reconoce que el impulso procesal puede recaer en el tribunal entiende que se trata de una situación que hace expresa excepción al principio dispositivo consagrado en el artículo 10 del Código Orgánico de Tribunales. En otros fallos derechamente se confunde el principio dispositivo con el de pasividad, y se contraponen al de oficialidad (Corte Suprema, 21 de septiembre de 2000, rol N° 3789-2000).

¹⁹ RAMOS, Francisco, *Derecho y proceso* (Barcelona, Bosch Editor, 1979), p. 115.

²⁰ *Ibid.*

orden al control de la legalidad de los actos procesales y del andar procesal es perfectamente posible en un Estado democrático de Derecho garante de los derechos de los ciudadanos. La legitimidad de la relación derecho subjetivo-tutela jurisdiccional-poderes del juez, sólo puede cuestionarse cuando el Estado se adjudica para sí, en términos de monopolio, el control de todos los aspectos formales de la relación procesal, impidiendo que los litigantes puedan llevar el proceso a término. Me atrevo a decir, sin embargo, que este modelo no existe en ninguna parte del mundo.

III. ALGUNAS SITUACIONES QUE PUEDEN AFECTAR EL PRINCIPIO DISPOSITIVO EN EL PROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL CIVIL

1. *La distribución de tareas procesales y la disponibilidad del objeto litigioso.*

Si bien existe un consenso en orden a los elementos que conforman el principio dispositivo en el proceso civil, tal consenso desaparece cuando se trata de analizar las repercusiones que la naturaleza privada de los derechos e intereses objeto de la tutela tienen en las normas netamente procesales. Hay una fuerte disputa doctrinal acerca de si el carácter esencialmente privado de los derechos tiene alguna repercusión en la distribución de roles o tareas procesales reconocidas a las partes y al juez. En efecto, si la autonomía de la voluntad entrega a los particulares una amplia libertad para configurar las relaciones jurídicas, entonces esa libertad debería presentarse en el proceso mediante la concesión a los litigantes de amplias potestades y, al mismo tiempo, dejar un reducido campo de actuación a los poderes del juez. Esta constatación no es, sin embargo, necesaria en todos los casos, y como analizaré a continuación, requiere de una serie de matizaciones que consideren no sólo el contenido del proceso sino además la idea misma de *poder jurisdiccional* como función de *tutela de los derechos* de los ciudadanos y la función del proceso civil en un Estado democrático de Derecho.

En el plano de la dogmática es claro que la consagración expresa del principio dispositivo en normas jurídicas concretas del PCPC., no puede significar una mera declaración sin repercusiones en el resto del sistema normativo. Es necesario precisar en qué medida son compatibles las potestades del juez en orden a los hechos, la prueba y la aplicación del derecho con un proceso donde su objeto versa sobre materias esencialmente disponibles.

Los problemas anteriores se justifican en la medida que el PCPC. no otorga criterios para precisar en qué forma se debe interpretar la norma procesal para hacerla compatible con esa condición privada del derecho e interés objeto de la tutela. Ese será el objeto del esfuerzo que pretendo efectuar en las próximas líneas, no sin antes precisar que haré aquí una dualidad de discursos:

uno netamente justificativo con el objeto de demostrar la compatibilidad la iniciativa probatoria del tribunal y el principio dispositivo y; otro, de carácter interpretativo destinado a proponer una interpretación de los textos legales con relación a los hechos y al derecho aplicable.

2. Principio dispositivo y actividad probatoria del tribunal

a) Naturaleza y alcance del problema. Parte de la doctrina nacional y comparada considera que la actividad probatoria del juez podría lesionar el principio dispositivo en la medida que se le estaría permitiendo al órgano jurisdiccional intervenir en el objeto de la tutela. Indispensable corolario de esta afirmación, es que la aportación del material de conocimiento es una proyección del mencionado principio al ámbito de la actividad probatoria. La discusión es perfectamente válida para el PCPC, que consagra en el artículo 18 N° 4 una amplia potestad para decretar todas las diligencias tendentes a la averiguación de la verdad, disponiendo como límite el respeto al derecho de defensa²¹.

Se ha dicho por la doctrina²² que en los sistemas jurídicos que se inspiran en criterios de libertad, el proceso civil tiene como función tutelar los derechos subjetivos y no intereses de otro género. Se agrega que un derecho sea *subjetivo* significa que aparece indisolublemente ligado al individuo, el que tiene siempre la plena e incondicionada facultad de disponer del derecho sin interferencia externa, salvo las limitaciones que impone el respeto a los derechos de otra persona. Así entonces –agrega esta doctrina– la primera consecuencia de la fisonomía privada de los derechos es que el órgano jurisdiccional sólo puede actuar previa demanda del interesado y, consecuentemente, el proceso civil se rige sobre la carga de la prueba, debiendo el litigante solicitar al juez la admisión de los medios de prueba idóneos. En este sentido, la carga de la prueba constituiría un aspecto inherente y estrictamente ligado a la disponibilidad del derecho o de la excepción²³. Si el ejercicio en concreto de la jurisdicción está subordinado a la demanda de quien tenga legitimación e interés para actuar, también la prueba debe serlo porque de ella depende

²¹ Dispone el artículo 18: “*Facultades del tribunal. El tribunal estará facultado para: N°4: Ordenar las diligencias necesarias al esclarecimiento de la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes, en la oportunidad establecida en la ley*”.

²² Sigo lo dicho por MONTELEONE, Girolamo, *Limiti alla prova di ufficio nel processo civile (cenni di diritto comparato e sul diritto comparato)*, en *Rivista di Diritto Processuale*, 4 (2007), p. 867.

²³ Complementa MONTERO, Juan, *La prueba*, cit. (n.13), p. 473, que: “se corresponde, también, con la esencia de los principios de oportunidad y dispositivo el que sobre las partes recaiga íntegramente la carga de la prueba de los hechos.”

el acogimiento de esta misma demanda²⁴. Por ende, si al juez se le permite aportar elementos de convicción entonces habrá una infracción a la carga de la prueba, con la consecuente modificación de la estructura interna del derecho: éste dejaría de ser individual y disponible porque es absorbido y superado por un interés superior y prevalente, único que puede legitimar el poder probatorio del juez²⁵.

En buena síntesis, para esta posición la aportación de los hechos y la actividad probatoria forman parte más del principio dispositivo, quedando dicha actividad en manos de los litigantes; en consecuencia, el órgano jurisdiccional no podría proponer medios de prueba sin entrometerse gravemente en la naturaleza privada de los derechos e intereses objeto del litigio²⁶.

No comparto esta doctrina. El principio dispositivo tiene un contenido concreto que poco tiene que ver con el desarrollo del proceso como herramienta de tutela de los derechos, lugar al que debe adscribirse la actividad probatoria. Se trata de comprender que no todas las normas procesales tienen una idéntica naturaleza, esto es, no todas van dirigidas a permitir la actuación del carácter privado y disponible del derecho sustantivo. Hay normas procesales que miran al desarrollo técnico-procesal de la jurisdicción como herramienta de tutela, y que sistemáticamente agrupadas conforman el denominado principio de aportación de parte²⁷. Este último puede resu-

²⁴ Véase: MONTELEONE, Girolamo, cit. (n. 22), p. 867.

²⁵ Según esta doctrina el poder probatorio del juez no puede tener otra justificación y fundamento que un interés de naturaleza pública, diverso al de las partes (Ibíd.). En este mismo orden de justificaciones se enrielan: MONTERO, Juan, cit. (n. 13), p. 56; DE LA OLIVA, Andrés: *Derecho procesal. Introducción* (3ª edición, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2004), p. 68; GÓMEZ, Juan, *Reflexiones sobre las bases científicas de la parte general del Derecho jurisdiccional*, en *Estudios de Derecho Procesal en honor de Víctor Fairén Guillén* (Valencia, Tirant lo Blanch, 1990), p. 266; y MILLAN, Carlos, *La incongruencia civil* (Madrid, Tecnos, 1983), p. 32. Para el derecho chileno, PECCHI, Carlos, cit. (n. 13), pp. 866-867.

²⁶ Tampoco se debe extrañar que exista doctrina que sustenta que la actividad probatoria del juez civil constituye una excepción al principio dispositivo. Esta afirmación, sin embargo, no tiene que ver con que la prueba *ex officio* pueda afectar la esencia de los derechos privados, sino que parte del entendimiento que el principio dispositivo se relaciona además con la actividad netamente procesal. Véase: LASCANO, David, *El principio dispositivo en el proceso moderno*, en *Revista de Derecho Procesal* (1948), pp. 1-14; PEYRANO, Jorge, *El proceso civil. Principios y fundamentos* (Buenos Aires, Editorial Astrea, 1978), p. 62; GRASSELLI, Giorgio, *L'istruzione probatoria nel processo civile riformato* (Padova, Cedam, 2000), pp. 37 ss; y DÍAZ, José, *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez* (Granada, Comares, 1996), pp. 1 ss, en especial, páginas 7 y 8.

²⁷ La afirmación acerca del carácter técnico del principio de aportación de parte goza de un buen respaldo a nivel de la doctrina nacional y comparada: Véase, sólo a

mirse recurriendo a un viejo brocardo: “*iudex iudicet secundum allegata et probata partium*” (“el juez debe decidir según lo alegado y probado por las partes”)²⁸. Doctrinariamente se han reconocido dos elementos en el principio en cuestión: en primer término, que la alegación de los datos o elementos fácticos corresponde a los titulares de los derechos e intereses. En segundo término, que la prueba de esos hechos le corresponde a las partes quienes están encargadas de recopilar y suministrar al juez todo el material de conocimiento necesario para dictar la sentencia²⁹. Si a las partes se les grava con la carga de acreditar sus afirmaciones entonces correlativamente se le reconoce el derecho a utilizar todos los medios de prueba pertinentes para su defensa. En este sentido, un proceso guiado por el principio de aportación parte es al mismo tiempo un proceso que asigna a los litigantes la carga de acreditar los fundamentos de hecho de la pretensión o resistencia.

En consecuencia, cuando un ordenamiento permite la actividad probatoria del juez hace excepción a este segundo elemento del principio de aportación de parte, es decir, que el material de conocimiento emane del resultado de la libre contradicción de los litigantes, pero en caso alguno afecta al principio dispositivo. En este aspecto la iniciativa probatoria *ex officio* funciona como un *correctivo al principio de aportación de parte* y ayuda a lograr mejores resultados probatorios, evitando la aplicación final de las reglas de la carga de la prueba. La tarea del juez consiste en adquirir para el proceso las fuentes de prueba que previamente han sido denunciadas por las partes, con el objeto de acercar el resultado probatorio al valor verdad, presupuesto necesario de la justicia de la decisión³⁰. Si las consecuencias de

modo ejemplar: PICÓ I JUNOY, Joan, cit. (n. 10), p. 217; BORDALÍ, Andrés, cit. (n. 8), p. 190; DÍAZ, José, cit. (n. 26), p. 49; BUONCRISTIANI, Dino, cit. (n. 11), p. 15; y CORDÓN, Faustino, *En torno a los poderes de dirección del juez civil*, en *Revista de Derecho Privado*, 63 (1979), p. 810.

²⁸ Sobre el sentido y alcance de esta máxima puede verse: PICO I JUNOY, Joan, *Estudio de la errónea recepción del brocardo “iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam” y su repercusión actual* (Barcelona, Bosch Editor, 2007), *passim*. En esta obra el autor concluye que la máxima en cuestión no tiene un origen histórico y que fue una errónea recepción del principio que prohíbe al juez recurrir a su ciencia privada, más que una limitante a la actividad oficiosa en materia probatoria.

²⁹ Véase: PICÓ I JUNOY, Joan, cit. (n. 9), p. 214; ETXEBERRÍA, José, cit. (n. 13), pp. 125 y 126; y BORDALÍ, Andrés, cit. (n. 8), p. 190.

³⁰ Se debe hacer presente que cuando hago referencia a la verdad en la determinación de los hechos no estoy aludiendo al mito de la verdad absoluta o verdad material, como parece entenderlo cierta parte de la doctrina procesal. Véase: MONTERO, Juan, *Nociones generales sobre la prueba (entre el mito y la realidad)*, en *La prueba* (Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2000), p. 25; MORENO, Víctor, *Comentario al artículo 282 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000*, en ESCRIBANO MORA (coordinador), *El proceso civil* (Valencia, Tirant lo Blanch, 2001), II, p. 2179; y CORTÉS,

las reglas jurídicas dependen de la verificación de los presupuestos de hecho previstos en la norma, parece razonable que una mayor *aproximación* a la verdad de tales supuestos fácticos permitirá lograr una correcta aplicación de la norma jurídica.

Así entonces no cabe duda que el principio dispositivo no queda afectado por la consagración de poderes probatorios a manos de los jueces. La naturaleza privada y la libre disponibilidad de los derechos no sufren modificaciones de ninguna especie cuando el Estado asume un interés en el correcto actuar del instrumento diseñado para la protección de ese objeto. Por más que el juez decida llevar a cabo una fuerte actividad probatoria, el derecho controvertido no dejará de estar en el patrimonio del actor, quien podrá disponer libremente del mismo³¹. Más bien esa naturaleza privada puede servir de parámetro o

Valentín, *Derecho procesal civil. Parte general* (Valencia, Tirant lo Blanch, 2006), p. 183. Por el contrario, el proceso no constituye un lugar donde sea posible alcanzar verdades incuestionables y absolutas, que difícilmente pueden predicarse de quien se diga que hace ciencia. El fin del proceso es mucho más humilde y realista; en él se obtienen verdades relativas, contextuales y aproximadas derivadas racionalmente de las pruebas que están a disposición. Con todo, hay que precisar que el valor verdad como un ideal de justicia en un Estado Democrático de Derecho no es un fin del proceso, esto es, no constituye un fin en sí mismo, sino una *condición necesaria* e indispensable para la decisión justa y legítima. Véase: TARUFFO, Michele, *La prueba* (Madrid, Marcial Pons, 2008), p. 22. Como se explica por la doctrina “los conflictos sociales se resuelven mediante normas generales y la aplicación de tales normas a casos particulares requieren frecuentemente la determinación de la verdad de los enunciados fácticos (...) de ahí que el proceso judicial a menudo (y en el caso de un proceso penal casi siempre) entraña un procedimiento determinativo de hechos que consiste en la determinación de la verdad de ciertos enunciados empíricos”. ALCHOURRON, Carlos - BULYGIN, Eugenio, *Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico*, en *Análisis lógico y Derecho* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991), p. 312.

³¹ DÍAZ, José, cit. (n. 26), pp. 49 y 54, indica que “el hecho que el órgano jurisdiccional practique actividad probatoria respecto de los hechos alegados por las partes y no admitidos [...] no parece que afecta para nada a la plena disponibilidad de las partes sobre el proceso, pues siempre pueden ponerle término mediante la renuncia, el allanamiento, el desistimiento o la transacción. Y tampoco parece que peligre la exigencia de congruencia [...] ya que en definitiva la actividad jurisdiccional tiene como límites los propios hechos que las partes hacen valer en el proceso. Por tanto, no existe posibilidad alguna de desvirtuar el interés privado en juego ya que ni se ha usurpado la iniciativa en la tutela de ese interés, ni el ámbito a otorgar al mismo”. Así también: BORDALÍ, Andrés, cit. (n. 9), p. 190; y CAPPELLETTI, Mauro, cit. (n. 13), p. 315. SATTÀ, Salvatore, *Diritto processuale civile* (Padova, Cedam, 1948), p. 107, explica que sería un profundo error considerar que la parte tiene la disponibilidad absoluta de los medios de prueba, y que aquello que resulte probado tiene que serlo solamente a través de los medios de prueba propuestos por las partes, excluyendo la iniciativa de oficio. Depende exclusivamente de la estructura del proceso la medida de los poderes del juez respecto a las disposiciones de los medios de prueba, poder que no es incompatible con el principio

referencia para discutir la oportunidad, conveniencia y alcance de adjudicar al juez algún rol relevante en la recopilación del material probatorio, pero en caso alguno impedir la tarea de acercarse a la verdad de las proposiciones de hecho. La naturaleza privada de los derechos subjetivos e intereses objeto de la controversia judicial no determinan la actividad probatoria del juez, pero sí pueden condicionarla en la medida que la obtención de la verdad de las hipótesis de hecho puede estimarse menos importante en relación a otros procesos. En todo caso, se trata de una decisión de política procesal.

Ahora bien, esto no significa que no haya una relación entre prueba y objeto del proceso, o mejor dicho, entre actividad probatoria y disponibilidad del objeto del proceso. Ciertamente lo puede haber pero bajo un supuesto muy diferente a la posibilidad de que el juez aporte prueba. En efecto, sólo si se le impide al titular de la relación jurídica proponer y practicar la prueba relevante y pertinente es posible entender que se está afectando la existencia misma de su derecho, puesto que se le priva, en los hechos, de su protección. En estos casos la indefensión equivale a una privación del derecho al impedir de defensa en juicio³². Y estas hipótesis sólo son posibles en un sistema que excluya a las partes de la posibilidad de probar los hechos o que sea extremadamente celoso con los criterios de admisión de la prueba, cuestión que nadie se atrevería a propugnar en un Estado constitucional respetuoso de las garantías procesales, en especial del derecho de defensa.

El otro aspecto donde se marca la diferencia entre el principio dispositivo y el de aportación de parte –al cual hace excepción la actividad probatoria del juez– es el carácter *necesario* del primero, y *eventual* del segundo. Así como el legislador no puede autorizar al juez para que inicie de oficio un proceso y determine su contenido, si puede, en cambio, sustraer de las partes el monopolio exclusivo de la iniciativa probatoria y repartirla indistintamente con el juez. Con ello no se afecta ningún derecho constitucional, desde que la propia *Constitución* no se identifica con un modelo procesal determinado en el ámbito de la aportación de prueba, como sí lo hace respecto al principio

dispositivo. ORTELLS, MANUEL, *Prólogo a la obra de José Bonet Navarro*, en *La prueba en el proceso civil. Cuestiones fundamentales* (Valencia, Difusión Jurídica, 2009) p. 27, califica un verdadero absurdo extender el principio dispositivo a materia probatoria.

³² La idea de acceso a la justicia fue ampliamente difundida en el concierto del derecho procesal de finales de los sesenta y principios de los setenta, y su inclusión en las Cartas constitucionales permitió que los Tribunales fueran lentamente ampliando el significado y contenido de ese derecho. En este esquema el derecho de acción fue colocado bajo exigencias de *protección efectiva de los derechos* siendo extendido a todos los derechos procesales que las partes deben estar autorizadas a ejercer para lograr la plena satisfacción del derecho que están reclamando. El derecho de defensa, en su vertiente del derecho a la prueba, es considerado desde entonces parte del núcleo central de la posibilidad de acceder al tribunal. Véase: TARUFFO, Michele, cit. (n. 12), p. 33.

dispositivo. Esto no significa que no se reconozcan límites a la actividad probatoria del tribunal que se justifican en la necesidad de dar protección a los derechos fundamentales de corte procesal, como la imparcialidad del juzgador o derecho de defensa. Sólo una radicación monopólica de la actividad probatoria a manos del juez sería capaz de amagar la legitimidad de tal potestad³³.

Por otra parte, si los hechos –que singularizan la pretensión y resistencia–, marcan el límite del conocimiento judicial (definen hasta dónde puede conocer el juez), no habría inconveniente alguno en dotar al juez de un poder oficioso en la materia, puesto que la prueba nada añade al objeto de conocimiento, y se encuentra rigurosamente subordinada al mismo; por ende, no sería violada aquella disponibilidad de los derechos reservada a los litigantes, que es lo que fundamenta, en definitiva, que sean los ciudadanos los que definan los límites del conocimiento judicial e incorporen los hechos esenciales al proceso³⁴.

b) Propuesta de interpretación: la diversa naturaleza de los actos procesales³⁵. Me parece que una forma de entender que la actividad probatoria del juez no traspasa los límites que impone el respeto a la naturaleza privada del derecho material controvertido, es precisando la real y efectiva naturaleza de los actos que se desarrollan en el proceso. Para nadie es novedad que el proceso judicial lo conforman un conjunto de actos concatenados lógicamente y jurídicamente, a través de los cuales se desarrolla el ejercicio de la potestad jurisdiccional. Sin embargo, estos actos no tienen idéntica naturaleza aunque pueden ser igualmente necesarios para cumplir la finalidad esencial del proceso. Hay actos que por su naturaleza involucran una postura determinada frente al derecho objeto de la tutela (pertenecen a este grupo, la demanda, contestación de la demanda, reconvención, la interposición de un recurso de apelación, el allanamiento, desistimiento, renuncia, etc.), otros en cambio, miran al desarrollo propiamente jurisdiccional.

Los litigantes desarrollan un conjunto de actos que constituyen *declaraciones de voluntad* donde el actor manifiesta su intención de colocar a ciertos hechos debidamente calificados en la base de una pretensión, para ahí deducir

³³ Véase: TARUFFO, Michele, *Il diritto alla prova nel processo civile* en *Rivista di Diritto Processuale*, 39 (1984) 4, p. 91; y lo siguen en el mismo sentido: PICÓ I JUNOY, Joan, cit. (n. 9), pp. 233-234; y DÍAZ, José, cit. (n. 26), pp. 76-77.

³⁴ Véase: NASI, Antonio, *Disposizione del diritto e azione dispositiva. Contributo allo studio del principio dispositivo nel processo civile di cognizione* (Milano, Giuffrè Editore, 1965), p. 212.

³⁵ Sobre otra distinción igualmente válida respecto a los actos procesales con relación al principio dispositivo y la prueba, véase: HUNTER, Iván, *Las potestades probatorias del juez de familia* (Santiago, Legal Publishing, 2009), pp. 102-105.

las consecuencias jurídicas queridas. La voluntad primaria está contenida en la demanda. Este acto constituye el ejercicio del poder de disposición del ciudadano sobre su derecho e involucra una postura definitiva en torno a su contenido y límite. El tribunal no puede intervenir, y si lo hace, tal intervención ha de constar en una norma legal suficientemente justificada pues de lo contrario tal intromisión sería ilegítima. Se trata, en consecuencia, de un acto monopolizado en el titular del derecho subjetivo o interés legítimo. Siendo esto efectivo, el acto de voluntad que se identifica con el principio dispositivo es el alegatorio³⁶.

Frente a los actos de voluntad encontramos a los actos de información, que, por el contrario, es el lugar donde debe adscribirse a la prueba. En efecto, la prueba no puede ser considerada una declaración de voluntad, puesto que no va destinada a lograr un efecto jurídico específico distinto a suministrar elementos de juicio para dar por verdadero una determinada hipótesis de hecho. La prueba es un acto de información, esto es, una declaración informativa que da a conocer algo al juez. Lo que califica a un acto como informativo es su *efecto informativo*, cuestión que es valorada en relación con la verdad, esto es, con la correspondencia con la situación de hecho narrada³⁷. Asumo que, a diferencia de las concepciones retóricas que miran a la prueba como un discurso destinado a lograr estados psicológicos en el juez, la actividad probatoria tiene una connotación netamente instrumental que proporciona ya no impresiones sino *información* acerca de los hechos que deben ser reconstruidos en el proceso, es decir, es un instrumento de conocimiento³⁸. Se trata de propugnar una visión epistemológica de la prueba donde los medios van incorporando afirmaciones o datos empíricos que sirven de confirmación a

³⁶ En otra parte de este trabajo volveré sobre esta materia para analizar hasta qué punto la actividad alegatoria forma parte del principio dispositivo.

³⁷ La distinción entre actos de voluntad y actos de información fue formulada por: CAPPELLETTI, Mauro, *La oralidad y las pruebas en el proceso civil* (traducción de Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1972), p. 121. Por ello es que resulta completamente válido que se diga por la doctrina que: “la prueba debe ser considerada como el medio a través del cual el Derecho pretende determinar la verdad de las proposiciones en el marco del proceso judicial”; así FERRER, Jordi, *Prueba y verdad en el Derecho* (Madrid, Marcial Pons, 2002), p. 34. Más precisamente lo indica TARUFFO, Michele, *Consideraciones sobre prueba y verdad en Derechos y Libertades Revista del Instituto Bartolomé de las Casas* 7 (2002), p. 114, cuando expresa que desde hace mucho tiempo el instrumento de que se sirven los litigantes para demostrar la veracidad de sus afirmaciones y el juez para decidir sobre la verdad o falsedad de los enunciados fácticos es la prueba. Para RAMOS, cit. (n. 19), p. 187, la prueba jurídica permite a las partes tamizar sus afirmaciones mediante nuevas informaciones instrumentales. Con esta afirmación se parece dar a entender que la prueba tiene por objeto inocular al proceso informaciones y no actos de voluntad.

³⁸ Véase: TARUFFO, Michele, cit. (n. 30), p. 31.

las hipótesis de hecho alegadas por las partes. Por lo tanto, proporcionan al juez elementos de juicio para alcanzar el conocimiento de los hechos, más no, elementos de persuasión. El juez intenta reconstruir los hechos a partir de los datos que la prueba le ofrece, por ello su función es hasta cierto punto comparable a la de un historiador³⁹ o si se quiere a la del epistemólogo.

En consecuencia, si efectivamente la finalidad de la prueba es alcanzar la verdad de las afirmaciones mediante la introducción de datos que sirven para confirmarlas racionalmente, entonces no me cabe duda que puede ser configurada de forma libre por el legislador cuidando no lesionar el derecho a la prueba en su esencia. Esto significa que se le puede atribuir al juez cierto poder probatorio, pero jamás excluir a las partes de esta tarea. Esta solución, además de reflejar la realidad de varios sistemas jurídicos contemporáneos, es respetuosa de la naturaleza privada de los derechos de los ciudadanos, y permite hacer efectivo un modelo ideal de justicia donde las decisiones judiciales se adopten sobre hechos verdaderos. Este modelo permite lograr una genuina protección del derecho subjetivo asegurando que la decisión judicial beneficie a quien efectivamente goza de su titularidad. Con todo, se debe precisar que la compatibilidad entre un modelo procesal dispositivo y la actividad probatoria del juez es posible siempre y cuando esa actividad probatoria no lesione otros derechos constitucionales⁴⁰.

³⁹ DELLEPIANE, Antonio, *Nueva teoría de la prueba* (Bogotá, Editorial Temis, 2003), p. 14, hace una analogía entre la función del juez y del historiador. Al respecto el autor señala: “Sentado que probar un hecho es establecer su existencia, es demostrar que existió antes o que existe en la actualidad, resulta evidente que esta primera tarea del juez se confunde con la del historiador en cierto sentido. La analogía entre la misión del historiador y de la juez, entre la prueba judicial y la histórica, radica, desde luego, en la identidad de fines, dado que la última se propone también establecer hechos preteritos, mostrar y explicar cómo pasaron las cosas en el pasado”. Así también sobre la analogía entre el juez y el historiador puede verse: CALAMANDREI, Piero, *El juez y el historiador*, en *Estudios sobre el Proceso Civil* (traducción de Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1945), pp. 107-224. Para una mirada crítica sobre esta analogía, véase: CHIARLONI, Sergio, *Riflessioni sui limiti del giudizio di fatto nel processo civile* en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 40 (1986), pp. 820-822.

⁴⁰ Si bien la obtención de la verdad es el objetivo que institucionalmente debe darse a la prueba, no es menos cierto que frente a ella se deben colocar otros valores que pueden ir mermando la posibilidad de alcanzarla. Me refiero a la imparcialidad como límite de la actividad probatoria del juez. Cualquiera sea el modelo procesal que se opte en el PCPC, la actividad probatoria del juez no debe comprometer su imparcialidad, cuestión que se evita, a mi juicio, estableciendo un criterio *objetivo y controlable* de la iniciativa probatoria *ex officio*. Dichos criterios serían básicamente dos según el momento en que se reconozca al juez la actividad probatoria. En primer lugar, si la iniciativa probatoria del juez se reconoce en la audiencia preparatoria parece razonable utilizar el *prin-*

3. *Principio dispositivo y los hechos.*

No hay duda que el proceso civil debe construirse en base a una actividad preferentemente de partes. Tampoco que la introducción de los hechos corresponda también a los litigantes. Razones de eficiencia del proceso, en torno a que son las partes las que mejor conocen los hechos para introducirlos al proceso, y jurídicos, derivados de la necesidad de preservar la imparcialidad del juzgador, no admiten ningún tipo de cuestionamientos y justifican la total pasividad que debe mantener el juez en esos extremos. Sin embargo, esta afirmación tan absoluta sufre en la práctica importantes modificaciones cuando se constata que en las sentencias judiciales, sin modificar la causa de pedir, suelen considerarse hechos que no han sido previamente introducidos por las partes en actos formales de alegación.

Esta realidad obliga a hacerse cargo de ciertos extremos de la actividad alegatoria: en primer lugar, si la actividad de alegación de ciertos hechos forma parte del principio dispositivo, esto es, si hay alguna relación entre hechos y objeto del proceso. En segundo lugar, verificar las consecuencias de la libertad de los litigantes en su actividad alegatoria con relación a ciertas instituciones procesales que podrían, bajo ciertos supuestos, ponerla en peligro.

a) El problema y su alcance. Parte de la doctrina comparada entiende que la actividad de alegación de los hechos no forma parte del principio dispositivo. De esto se sigue que el juez puede asumir una tarea activa en la integración de los hechos. La única limitación vendría dada por la prohibición del juez de acudir a su ciencia privada, impidiendo que pueda salir a investigar hechos fuera del proceso⁴¹. Otra postura, más extrema, postula la posibilidad de que el juez asuma un rol de completación de los hechos alegados por las partes, permitiéndole, incluso, una tarea de investigación para

cipio de inclusión, conforme al cual el juez debe intentar que todas las fuentes de prueba relevantes que hayan sido previamente denunciadas o puestas en conocimiento por las partes sean ingresadas al proceso. Es obvio que los litigantes, guiados por sus propios intereses, no tendrán incentivo en ingresar aquellas fuentes cuyo resultado ignoren o que no les ofrezcan una expectativa de resultado favorable. El juez, en cambio, no tiene ese compromiso con la prueba sino que con la obtención de la veracidad de las alegaciones de hecho, como valor insustituible de la justicia de la decisión judicial. De esta forma, si la iniciativa probatoria del juez recae sobre fuentes que no han sido puestas en conocimiento previamente podría sustentarse un eventual quiebre a la imparcialidad. En segundo lugar, si el juez puede aportar prueba una vez que ya ha valorado la practicada, determinando su insuficiencia, entonces me parece razonable acotar la iniciativa probatoria, limitándola a la práctica de las pruebas frustradas o a la repetición de aquellas que hayan arrojado un resultado absurdo o inverosímil. En cierta forma esta última modalidad busca evitar situaciones de indefensión, permitiendo que las partes practiquen aquellos medios que previamente han ofrecido y que no han podido producir.

⁴¹ Véase: BUONCRISTIANI, Dino, cit. (n. 11), pp. 23-28.

tal finalidad. Detrás esta doctrina esta la creencia de que el primer aspecto del principio dispositivo (la separación entre demandante y órgano decidor) se justifica únicamente en la necesidad de asegurar su imparcialidad, más no en la naturaleza privada de los derechos objeto de la tutela⁴².

Con todo, entiendo que una solución satisfactoria del problema no pasa por razonar que todos los hechos que comprende la disputa judicial deben ser ingresados por las partes como manifestación del principio dispositivo. Esto además de ser errado desde plano teórico –como intentaré demostrar– contrasta con la mayoría de las sentencias que suelen recoger hechos no alegados por las partes.

En las próximas líneas pretendo desarrollar la tesis de que sólo algunos de los hechos que se contienen en la pretensión pueden ser considerados manifestación del principio dispositivo. En consecuencia, hay un conjunto de elementos fácticos que pueden ser considerados de oficio por el juez siempre que emanen de los actos del proceso, sin necesidad que provengan de los actos alegatorios propiamente tales.

b) Acerca de las diferentes formas de introducir los hechos al proceso: principio dispositivo como acto alegatorio. Para delimitar la conexión del principio dispositivo con los hechos hay que precisar cuáles de los datos contenidos en la demanda pueden considerarse manifestación del carácter privado del derecho subjetivo. Para tal efecto seguiré a una doctrina que estima necesario distinguir entre introducción, indicación y alegación de los hechos⁴³. La *introducción de un hecho* consistiría en una actividad no consciente mediante el cual la parte ingresa un determinado elemento fáctico en forma accidental. Sería el caso, por ejemplo, del litigante que hace valer una parte de un documento para probar una afirmación, pero del documento pueden extraerse otros hechos que no son utilizados por el justiciable, al menos conscientemente. Por su parte, la *indicación de un hecho*, consistiría en la exposición consciente de un determinado acontecimiento sin atribuirle ningún contenido o valor jurídico específico. Por ejemplo, en una demanda reivindicatoria se hace referencia a la compraventa que sirve de título traslativo de dominio. Por último, la *alegación de un hecho* consiste en la atribución de un valor jurídico determinado a un acontecimiento para producir un efecto jurídico también determinado. Por ejemplo, la alegación del dominio del actor y la posesión del demandado para pretender la restitución de una propiedad.

Esta distinción es fundamental para determinar el ámbito de actuación del

⁴² Véase: GUASP, JAIME, *Juez y hechos en el proceso civil* (Barcelona, Bosch Editor, 1943), pp. 35 ss.

⁴³ Véase: BUONCRISTIANI, Dino, cit. (n. 11), p. 26

principio dispositivo y residualmente marcar el límite de la acción del juez. Se trata, por consiguiente, de adscribir el principio dispositivo a los *actos de alegación* del proceso, que son los que finalmente vinculan al juez. En efecto, la actividad alegatoria en el proceso civil supone siempre una manifestación de voluntad de colocar a cierto hecho o conjunto de hechos como base de la consecuencia jurídica que se persigue⁴⁴. Esta libertad alegatoria representa, en el desarrollo dinámico del ejercicio jurisdiccional, una proyección del carácter privado de la relación jurídico-material; o sea, “si al sujeto privado, a consecuencia del carácter privado del derecho subjetivo, debe corresponder el poder monopolístico de pedir su tutela jurisdiccional, parece evidente que dicho poder debe extenderse también a este acto la alegación por la cual la demanda resulta justamente identificada, individuada (sic) en sus momentos esenciales”⁴⁵.

Así entonces el acto alegatorio constituye una realidad mixta o compleja, por cuanto anuda al hecho conscientemente introducido por la parte una determinada consecuencia prevista en el ordenamiento jurídico y que es querida por el declarante. La alegación fáctica no consiste simplemente en hacer partícipe al juez del conocimiento de un determinado hecho para que luego derive de él ciertas consecuencias jurídicas. Los hechos no se aducen como simples elementos dialécticos destinados a convencer al juez para que dicte una sentencia favorable, sino para que sepa las razones de por qué se una pide una determinada tutela y un bien de la vida, de manera que petición y alegación integran el objeto del proceso⁴⁶.

En este sentido, el acto alegatorio como acto un complejo se tiene que identificar con el objeto de la prueba, y son los que conforman el principio dispositivo, en la medida que autoriza la obtención del efecto jurídico deseado. Esta actividad es la única que debería quedar reservada a la libre iniciativa de la parte. En lo demás puede el juez tener una iniciativa que sin comprometer su imparcialidad le permita considerar hechos que no integren el acto alegatorio.

c) Algunas consecuencias de entender al acto alegatorio como manifestación del principio dispositivo. Asumir que la alegación se conecta con el principio dispositivo tiene algunas consecuencias jurídicas concretas. En primer lugar, se genera una vinculación para el juez

⁴⁴ CAPPELLETTI, Mauro, cit. (n. 37), p. 121.

⁴⁵ CAPPELLETTI, Mauro, cit. (n. 13), pp. 319-320. Siguen este pensamiento, entre otros: LIEBMAN, ENRICO, cit. (n. 6), p. 62, cuando manifiesta que la decisión sobre la acción y la excepción es una decisión sobre los hechos controvertidos, y CORDÓN, Faustino, cit. (n. 27), p. 811.

⁴⁶ Véase: GÓMEZ, Emilio, *Derecho procesal civil. Parte General. El proceso declarativo* (Madrid, Artes Gráficas y Ediciones, 1979), I, p. 186.

en el sentido que no puede considerar en la sentencia como jurídicamente relevantes a otros hechos que aquellos que las partes consideran que son el presupuesto para la verificación de los efectos jurídicos previstos en la norma. Hay una clara prohibición para que el órgano jurisdiccional pueda extraer consecuencias jurídicas de los datos fácticos introducidos conscientemente sobre los que el litigante, como titular del derecho subjetivo, no manifiesta su voluntad colocarlos como base de una decisión jurisdiccional. El supuesto de hecho abstracto y general que viene previsto en la norma jurídica constituye el criterio de selección y relevancia jurídica de los hechos introducidos al proceso. Por ende, si hay un cambio en la norma que se estima aplicable también habría un cambio en la relevancia jurídica de un hecho.

Si bien el juez no puede desligarse de la selección y posterior calificación de las alegaciones de hecho para obtener un determinado efecto jurídico, nada impide que pueda tener cierta iniciativa respecto de otros datos que no han sido alegados como premisa normativa. No todos los hechos que se introducen consciente o inconscientemente se relacionan con el principio dispositivo, sino sólo aquellos a los que se amarra el efecto jurídico pretendido. Por consiguiente, se puedan considerar en la sentencia otros acontecimientos que no ostenten tal característica y que, por no relacionarse con el principio dispositivo. Nada impide que el juez pueda considerar para fundar su decisión hechos que emanan del proceso aun cuando no emanen del acto alegatorio. Esta última conclusión nos introduce derechamente en los denominados hechos secundarios, simple o motivo. Estos hechos presentan como característica que no están calificados jurídicamente, y sólo adquieren relevancia cuando a través de ellos pueden extraerse argumentos sobre la verdad o falsedad de un hecho calificado jurídicamente o hecho principal⁴⁷. Esta clase de hechos, una vez establecidos, pueden ser utilizados como premisas de inferencia para probar otros hechos que integran los hechos principales o que forman parte del acto alegatorio. En este sentido, los hechos introducidos consciente e inconscientemente pueden servir para probar los que integran la causa de pedir y/o para fundamentar la decisión que adopte el órgano jurisdiccional. Obviamente que tal utilización debe respetar el derecho de defensa de los litigantes.

d) El principio dispositivo y el deber procesal de integridad en el relato fáctico. Hay cierto consenso doctrinal en aceptar que el deber de narrar íntegramente los hechos puede extraerse a partir de la buena fe procesal⁴⁸. En la medida que se acepte que la buena fe procesal puede

⁴⁷ Véase: TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos* (3ª edición, Madrid, Editorial Trotta, 2009), p. 120.

⁴⁸ Véase, para una revisión de la doctrina: HUNTER, Iván, *No hay buena fe sin interés: la buena fe procesal y los deberes de completitud, veracidad y colaboración*, en *Revista*

fundamentar la creación de deberes jurídicos al interior del proceso podrá exigirse a los justiciables una conducta conforme a ella⁴⁹. Como se explica, “decir la verdad sin omitir detalle relevante, es una conducta que en el marco de un conflicto judicial es considerada como social y éticamente correcta. Actúa lealmente quien narra los hechos de modo verídico y completo, así como el litigante que introduce al proceso todos los elementos de convicción necesarios para la dictación de una sentencia justa y colabora con el fin del proceso”⁵⁰. Así las cosas, si entendemos que el deber de completitud consistiría en alegar todos los hechos relevantes para la correcta resolución del conflicto sin omitir dato alguno que caiga bajo el dominio de la parte, este deber se viola simplemente omitiendo decir cualquier hecho que forme parte del patrimonio cognoscitivo del litigante⁵¹.

Con todo, no cabe duda que este deber de completitud en la exposición de los hechos es una manifestación de otro deber como el de ser veraz en la exposición de los hechos, en el sentido que el decir la verdad no puede dejar de implicar además un cierto deber de completitud (decir toda la verdad) al menos cuando la reticencia, la reserva mental, equivaldrían práctica y moralmente a la mentira⁵². Es evidente que si uno de los litigantes ha narrado de manera parcial los hechos omitiendo unos cuantos que son incompatibles con su posición subjetiva, falta a la verdad y sin “decir mentiras” genera el mismo efecto como si efectivamente las dijera.

El escenario descrito puede ser fácilmente cuestionado desde el principio dispositivo. Así como se puede sustentar que la buena fe procesal es capaz de

de Derecho Universidad Austral de Chile, 21 (diciembre 2008) 1, pp. 157 ss.

⁴⁹ CARRETTA, Francesco, *Deberes procesales de las partes en el proceso civil chileno: referencia a la buena fe procesal y al deber de coherencia*, en *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile*, 21 (julio de 2008) 1, p. 118, quien formula expresamente que “impuesta la creación de una herramienta adecuada para el efectivo resguardo de la buena fe, se originan deberes al interior del proceso”. Esta interpretación es perfectamente trasladable al PCPC, que contempla en el artículo 6 la necesidad de que las partes ajusten su gestión a la lealtad y buena fe procesal, pudiendo fundarse a partir de esta cláusula un deber general de narrar de modo íntegro y verdadero todos los hechos jurídicamente relevantes. Para un interesante análisis de la discusión en el proceso italiano, Véase: CALOGERO, Guido, *Probità, lealtà, veracità nel processo civile* en *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 36 (1939) 1, pp. 129-139.

⁵⁰ HUNTER, Iván, cit. (n. 48), p. 157.

⁵¹ SCARSELLI, Giuliano, *Lealtà e probità degli atti processuali*, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 52 (1998), p. 103. Aun cuando habría que agregar que tiene que tratarse de un hecho jurídicamente relevante, capaz de influir en el resultado del juicio.

⁵² CAPPELLETTI, Mauro, cit. (n. 13), p. 371; y GROSSMANN, Kaethe, *El deber de veracidad de las partes litigantes en los juicios civiles. Exposición de Derecho Comparado*, en *Jurisprudencia Argentina*, 71 (Buenos Aires, 1940), pp. 22-23.

generar deberes, éstos no pueden alcanzar ciertos extremos que interfieran derechamente con la suerte de esos derechos en la *litis*. En simples palabras, el interés del justiciable de maximizar la tutela de su derecho subjetivo puede llevarlo a omitir conscientemente la introducción de un hecho relevante para alcanzar una decisión justa. Esta omisión, sin embargo, es plenamente legítima y no puede ser jamás considerada una conducta contraria a la buena fe procesal. La razón es que el principio dispositivo protege al justiciable reconociéndole la posibilidad de omitir un hecho cuando considere que tal dato puede perjudicar o poner en peligro su derecho o interés. Hay una libertad alegatoria que otorga al ciudadano la posibilidad de hablar o guardar silencio sobre un determinado hecho y que queda protegida por la titularidad de su derecho⁵³. De ahí que haya cierto consenso doctrinal al momento de cuestionar la legitimidad de instituciones procesales tiendan a limitar o restringir esa libertad en la introducción de un hecho⁵⁴.

En este sentido, habría que preguntarse por el real alcance del artículo 262 PCPC. en la medida que establece el deber –o carga si se quiere– del demandado de “pronunciarse categóricamente sobre la veracidad de los hechos alegados en la demanda”, siendo considerado su silencio o sus respuestas evasivas o ambiguas, como admisión de los hechos. Si el principio dispositivo se conecta con la libertad de las partes de alegar o no un hecho, es decir, si se les reconoce la posibilidad de callar si su interés así lo requiere, parece no resultar compatible un deber que imponga al demandado manifestar su conformidad o no a la verdad de un elemento fáctico indicado en la demanda. El respeto al principio dispositivo debería permitir a la parte abstenerse de alegar un hecho cuando su afirmación pueda poner en peligro su propio interés.

Esta afirmación, sin embargo, requiere de muchos matices, siendo el más relevante la inexistencia de un incentivo para que la disposición sea actuada

⁵³ CAPPELLETTI, Mauro, cit. (n. 13), pp. 373-374, MICHELLI, Gian, *La carga de la prueba* (traducción de Sentis Melendo, Bogotá, Editorial Temis, 2004), p. 151; y GROSSMANN, Kaethe, cit. (n. 52), p. 19.

⁵⁴ Se ha sustentado que el deber de ser íntegro en la narración de los hechos pugna con el principio dispositivo. Según la doctrina este deber no puede exigirse en un proceso civil inspirado por el citado principio, en virtud del cual las partes son absolutamente libres para disponer de sus intereses privados y reclamarlos o no judicialmente. En consecuencia, las partes pueden omitir datos que consideren perjudiciales para la tutela de sus intereses; así como también es correcto que eviten la aportación inicial de los documentos que estimen inoportunos para su debida defensa. Véase: CAPPELLETTI, Mauro, cit. (n. 13), pp. 372-373; PICÓ I JUNOY, Joan, *El principio de la buena fe procesal* (Barcelona, Bosch Editor, 2003), p. 140; y GISBERT, Marta, *La estafa procesal en el proceso civil: su apreciación por los tribunales*, en *Revista de Derecho Procesal*, 1-3 (2004), p. 317.

por los litigantes. Esta norma no trae aparejada una sanción directa que genere incentivos al demandado para pronunciarse sobre la veracidad de un hecho. Esta conclusión es cierta, a menos que se entienda que los litigantes pueden ser sancionados por una actuación contraria a la buena fe procesal cuando han negado un hecho que era cierto. Si esto es efectivamente así, es decir, si se trata de una norma sin sanción, entonces no creo que esta disposición pueda entrar en pugna con el principio dispositivo en su faz de libertad en la actividad alegatoria. Por lo demás, dogmáticamente la norma en cuestión obliga a pronunciarse sobre los hechos contenidos en la demanda, pero no a agregar hechos nuevos que puedan pugnar con el derecho o interés de la parte. Esta disposición parece tener efectos probatorios más que netamente alegatorios.

Cabe precisar que la disposición en cuestión tiene mucho que ver con las llamadas *conductas no cooperativas de los litigantes*. El proceso civil no puede quedar sujeto al capricho de uno de los litigantes, o peor aún, a la conducta de aquel que no coopera con el proceso omitiendo indicar si tal hecho es o no efectivo. Es lógico estimar que quien guarda silencio no puede quedar en mejor pie que aquel que sí cumple con la carga o deber⁵⁵. Pero como lo formula la doctrina⁵⁶, es necesario encontrar un punto intermedio donde la libertad que brinda el principio dispositivo no entorpezca el ejercicio de la función jurisdiccional. Al respecto creo que una fórmula sensata sería introducir una *ficta confessio* facultativa y netamente probatoria, que no implique aceptación de la demanda. Además operaría sólo a falta de prueba para estimar un hecho por probado y, por el contrario, cede frente a la prueba de un hecho. Por mucha eficiencia que se quiera lograr de un proceso judicial, si es posible arribar a una conclusión epistemológicamente verdadera, ésta debe ser preferida a la ficción que supone la admisión de un hecho por el silencio del demandado. Sin embargo, se trata de una opción legislativa de carácter procesal.

4. Principio dispositivo y la aplicación judicial del derecho

a) Contenido y alcance del problema. Un problema apenas tratado en nuestro derecho es la relación entre principio dispositivo y libertad del

⁵⁵ Aun cuando el PCPC, es claramente incongruente en este aspecto, puesto que el legislador deja en mejor pie al que no contesta la demanda que al que la contesta pero omite pronunciarse sobre la veracidad de determinados hechos. Cfr. CARRASCO, Jaime, *La rebeldía en el anteproyecto de Código Procesal Civil*, en *Cuadernos de Extensión Jurídica Universidad de los Andes*, 16 (2009), pp. 155-201.

⁵⁶ Véase: ORELLANA, Fernando - PÉREZ RAGONE, Álvaro, *Radiografía de la rebeldía en el proceso civil: tópicos hacia una adecuada regulación en la nueva justicia civil*, en *Ius et Praxis*, 13 (2007), 2, p. 39.

juez para calificar jurídicamente la pretensión. La dificultad que muestra la jurisprudencia para identificar el verdadero significado del principio dispositivo coadyuva a ignorar su relación con la aplicación oficiosa del derecho.

Gran parte de la doctrina –especialmente la nacional– suele abordar este problema como uno que mira, esencialmente, a la libertad del juez en la tarea de asignar significados jurídicos a los hechos que las partes introducen a la controversia. De ahí que la regla casi absoluta es entender que frente a los hechos le corresponde al juez aplicar el derecho, sin ningún tipo de prevención.

Estimo, sin embargo, que este no es verdadero problema de la aplicación *ex officio* de los materiales jurídicos. Es un planteamiento erróneo derivado de la asunción de la máxima “*iura novit curia*” como presunción del conocimiento del derecho por parte de los órganos jurisdiccionales. No se trata de restringir o cuestionar la libertad del juez para decidir el conflicto aplicando soberanamente el derecho. Es evidente que ningún órgano jurisdiccional puede quedar vinculado por las alegaciones jurídicas que el actor utiliza para fundamentar su decisión. También es lógico que el juez no pueda dejar de examinar la procedencia de una pretensión a la luz del marco legal, por mucho que las partes hayan guardado silencio y no hayan discutido algunos extremos netamente jurídicos de esa pretensión. El asunto es si esa libertad le permite desvincularse de la calificación jurídica para acoger una pretensión con base jurídica distinta a aquella que fue alegada.

Bajo este esquema, si el derecho sustantivo sometido a la tutela jurisdiccional se identifica con los puros hechos alegados entonces no habría inconveniente en reconocerle al juez un poder general para acoger una pretensión con arreglo a una calificación diferente a la alegada; por el contrario, si se estima que esa calificación jurídica identifica el derecho subjetivo entonces el juez, siempre libre para aplicar el derecho, no puede variar esa calificación para acoger una pretensión. Para esta postura, el principio dispositivo constituye un límite para la actuación del tribunal; en este sentido, se dice que los derechos subjetivos se delimitan y miden en su ejercicio a través de una concreta alegación jurídica⁵⁷. Esto implica que la *causa de pedir* no sólo está integrada por los hechos sino además por todo aquello que es fundamento de lo que se pide⁵⁸. Estas posturas son, sin embargo, simplificaciones de

⁵⁷ TAPIA, Isabel, *El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa juzgada*. (Editorial La Ley, Madrid, 2000), p. 24; y en similar sentido: VALLINES, Enrique, *La preclusión en el proceso civil* (Civitas, Madrid, 2004), pp. 210 ss.; y PRIETO, Leonardo, *El cambio del punto de vista jurídico*, en *Revista de Derecho Procesal* (1956), p. 255.

⁵⁸ Cfr. CORTÉS, Valentín, cit. (n. 30), p. 144. 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 consecuen-

cuestiones más complejas que requieren un tratamiento algo más acabado que la separación entre cuestiones jurídicas y cuestiones de hecho. Además carecen de un sustento normativo de donde extraerla.

b) Estado de la doctrina en el derecho chileno. El tratamiento del componente jurídico de la pretensión ha sido tratado residualmente a propósito de la cosa juzgada y de la identidad de la causa de pedir como requisito de la misma⁵⁹. El artículo 177 inciso final CPC. define la causa de pedir como el “*fundamento inmediato del derecho deducido en juicio*”, y el artículo 768 N°5 del mismo cuerpo sanciona con la nulidad a la sentencia dada en *ultra petita*, esto es, otorgando más de lo pedido o pronunciándose a otros extremos diferentes a los que se ha planteado la discusión. Desde antiguo tanto la doctrina como la jurisprudencia han tratado de resolver qué conforma ese fundamento inmediato de la pretensión: si los puros hechos o, además, la calificación jurídica que se hace de esos hechos. Si la causa de pedir queda integrada con puros hechos entonces el juez goza de una libertad absoluta para calificarlos jurídicamente y conceder la tutela solicitada, con la única restricción de no variar el objeto pedido (*petitum*). Por el contrario, si el juez queda vinculado a la calificación jurídica dada por las partes entonces sólo puede otorgar la tutela pedida cuando los hechos estén correctamente calificados, esto es, cuando exista una correspondencia entre la premisa fáctica alegada y la premisa normativa del cual se deduce el efecto jurídico deseado.

Al respecto la doctrina nacional sin reconocer este problema ha dado una respuesta más bien intuitiva, proponiendo distinguir entre *causa inmediata* o directa y *causa mediata* o lejana de una pretensión⁶⁰. Se dice que para que exista identidad de causa de pedir entre pretensiones es necesario que haya coincidencia entre causas mediatas o lejanas, no bastando la identidad de las directas o inmediatas⁶¹. Sin siquiera decirlo ni percibirlo se podría sustentar

temente, fácticos en el sentido amplio [...] si el actor quiere obtener la tutela jurídica concretada en la petición efectuada en la demanda, debe aportar al proceso los fundamentos jurídicos y fácticos en los que apoya tal petición”.

⁵⁹ Véase: ROMERO, Alejandro, *La cosa juzgada en el proceso civil chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002), pp. 72-72.

⁶⁰ Véase: STOEHLER, Carlos, *De las disposiciones comunes a todo procedimiento y de los incidentes* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009), pp. 135-136; y PEREIRA, Hugo, *La cosa juzgada en el proceso civil* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004), pp. 76-78.

⁶¹ Para entender mejor esta distinción se utiliza el siguiente ejemplo: en una pretensión de nulidad de contrato por vicios del consentimiento se dice que la causa inmediata es el hecho en que se funda el vicio, y la causa remota es el tipo de vicio alegado, esto es, error, fuerza o dolo. De esta manera, si se ejerce una pretensión en base a un hecho que se califica como error, no habría identidad de causa si ese mismo hecho luego se ca-

que esta tesis permite efectuar una separación entre las cuestiones fácticas y las jurídicas. Así, las primeras serían siempre causas directas e inmediatas; en cambio, las segundas serían causas mediatas o remotas, en términos tales que una pretensión no se identifica con otra cuando siendo idénticas en las causas inmediatas (hechos), no lo son en cuanto a la causa remota (el derecho).

Con todo, el gran inconveniente de esta tesis es que carece de todo sustento normativo. Por lo demás, es inviable –por inservible– recurrir a una teoría como la causa de pedir para solucionar un problema tan importante como la libertad del juez en la utilización de los materiales jurídicos, que podrían afectar a una serie de garantías procesales como el derecho de defensa o la imparcialidad del juez⁶². Además el problema de esta tesis es que no indica qué papel cumple el efecto jurídico pretendido en la utilización de los materiales jurídicos.

c) La petición concreta como límite a la aplicación oficiosa del derecho. En la doctrina comparada la discusión acerca de la relación entre principio dispositivo y aplicación judicial del derecho se generó hace bastante tiempo. Al menos en el derecho español había existido cierto consenso en torno a que los materiales jurídicos debían ser aportados por las partes y no por el juez⁶³. De esta forma, si el juez aplica a los hechos una calificación jurídica diferente con la que el actor introdujo esos hechos habría cierta vulneración al principio dispositivo.

Quien vino a romper la aparente calma fue Ormazabal Sánchez postulando una tesis contraria a todas las mantenidas hasta el momento. Sostiene 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”⁶⁴. Añade 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

lífica como fuerza o dolo. Para que haya cosa juzgada sería necesario que tanto la causa directa como la lejana sean coincidentes.

⁶² La diversidad de criterios, argumentos y doctrinas que se han tejido a lo largo de la historia del Derecho Procesal para intentar determinar qué elementos conforman la causa de pedir como objeto del proceso, impiden acogerla como una tesis válida para precisar la extensión del poder del juez en la aplicación del derecho. De ahí que lo natural sería huir de esa discusión, sin perjuicio, de que los tratamientos del componente jurídico de la pretensión suelen ir de la mano de ese elemento.

⁶³ Véase al respecto para la referencia bibliográfica, citas 57 y 58.

⁶⁴ ORMAZABAL, Guillermo, “*Iura novit curia*”. *La vinculación del juez a la calificación jurídica de la demanda* (Madrid, Marcial Pons, 2007), pp. 89-90. Es quizá este libro uno de los esfuerzos más notables en el problema que se está analizando.

sus derechos subjetivos.”⁶⁵ 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”⁶⁶.

La tesis de Ormazabal no deja de tener un fuerte sustento desde el punto del ciudadano que recurre a la jurisdicción. No es razonable creer que el justiciable pueda buscar tutela a sus derechos en base a una precisa calificación que considere inalterable cuando se manifieste inidónea para producir el efecto jurídico deseado. Es natural entender que no se causa perjuicio alguno al justiciable cuando el juez termina otorgando el efecto pedido con arreglo a un fundamento jurídico diferente al que incluye en su pretensión⁶⁷. En este sentido, parece ser que el principio dispositivo se manifiesta en la petición⁶⁸, esto es, en el concreto bien de la vida que se solicita, y que el ciudadano quiere alcanzar con independencia si lo obtiene en base a la calificación que propone de los hechos en la demanda o con una diferente. Así el juez sería libre para darle a los hechos la calificación que estime conveniente para conceder el efecto jurídico pretendido por el actor. Otra cosa, por cierto, es que la opción de entregar al juez una libertad para definir la institución jurídica que mejor cuadra con los hechos alegados pueda significar una lesión al derecho de

⁶⁵ *Ibíd.*

⁶⁶ *Ibíd.*, pp. 90-91. 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. GARNICA, Juan, *El principio “iura novit curia” y la determinación del objeto del proceso en el Proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, en *La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 1 (1999), pp. 1.714-1.716.

⁶⁷ 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.

⁶⁸ ORMAZABAL, Guillermo, cit. (n. 64), p. 88.

defensa del demandado, especialmente cuando ésta ha consistido en alegar esa errónea calificación de los hechos⁶⁹.

Concuerdo con la doctrina cuando dice que el respeto por la disponibilidad de los derechos se refleja en el *petitum* de la pretensión. Es verdad que el juez en ningún caso puede otorgar una tutela diferente a la pedida. Si así lo hiciera incurriría en el vicio de *ultra petita*. Sin embargo, entiendo que esa petición de tutela sí produce efectos en la aplicación del derecho. Cuando el ciudadano pretende un efecto jurídico afirma la existencia de unos hechos que integran el presupuesto de la norma que fundamenta y hace posible ese efecto. Si el ordenamiento no permite conceder la tutela en base a los hechos alegados entonces el juez queda inmediatamente restringido en su ámbito de aplicación del derecho. Por ejemplo, si el actor califica jurídicamente su pretensión como de error esencial estimando que existe un vicio del consentimiento y solicita la nulidad de un contrato, no puede el juez estimar que esos mismos hechos definen la existencia de un incumplimiento de contrato y resolverlo. La intangibilidad de la petición como manifestación del principio dispositivo sí provoca un efecto delimitador de los materiales jurídicos que se pueden utilizar para conceder la tutela pedida.

Ahora bien la tesis arriba descrita no deja de merecer algunas explicaciones o prevenciones. Ante todo, no logra explicar el tema de fondo. Por razonable que parezca que el ciudadano se conforma con la satisfacción del efecto jurídico pretendido con prescindencia del derecho que se tutele, no deja de ser menos cierto que en ocasiones permitiría al juez otorgar tutela en base a un fundamento jurídico diferente al *afirmado* en la demanda. Así lo estima cierta parte de la doctrina comparada que pretende vincular la calificación jurídica al fundamento de una pretensión, sin que el juez pueda revisar si ese fundamento permite alcanzar el efecto querido por el ciudadano y si se encuentra bien o mal formulado⁷⁰. El fundamento jurídico de la pretensión

⁶⁹ La solución que se quiera dar a este problema pasaría por permitir a las partes recalificar sus posiciones jurídicas iniciales cuando se estima que la tutela pretendida no puede ser concedida en base a los planteamientos indicados en la demanda. Esta opción es más que dudosa desde la perspectiva del derecho de defensa del demandado. Además habría que definir hasta qué punto puede afectar la imparcialidad del juez.

⁷⁰ DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *El objeto del proceso y la cosa juzgada en el proceso civil* (Civitas, Madrid, 2005), p. 69, distingue entre el fundamento y la fundamentación de la pretensión. La fundamentación jurídica incluiría “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.” 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.

permite identificarla de otras, que si bien pueden tener idéntico elemento fáctico, difieren del jurídico. Otra cosa diferente es que el ciudadano con tal de obtener un efecto jurídico idéntico al solicitado en la pretensión termine aceptando esa “suplantación” de voluntad que efectúa el órgano jurisdiccional. En realidad ningún perjuicio le causa.

El ciudadano cuando recurre a la jurisdicción lo hace para obtener un efecto jurídico que por sí solo está imposibilitado de alcanzarlo. Para ello alega la existencia de unos hechos que conforman un determinado presupuesto de hecho de una norma jurídica del cual emana el efecto perseguido. Tal como lo explica Taruffo la demostración de los hechos en el proceso no está destinada a satisfacer exigencias de conocimiento en estado puro, sino para la resolución de controversias que versan sobre la existencia de derechos. Por ende, el proceso no está dirigido a la demostración de un hecho en sí mismo sino en cuanto es presupuesto de la aplicación de la norma jurídica. Así entonces los hechos son identificados e introducidos por los ciudadanos en base a criterios jurídicos que sirven para seleccionarlos. Con esto es claro que hecho y derecho no son realidades separables o sin implicación; más bien en el proceso civil los hechos son seleccionados, identificados e individualizados en base a una norma de derecho que sirve de criterio de relevancia. Esto implica que del conjunto de enunciados sobre hechos que contiene una demanda sólo algunos juegan un rol constitutivo de la pretensión, esto es, aquellos que cuadran con los presupuestos fácticos de las normas que otorgan el efecto jurídico pretendido. La norma jurídica sirve como criterio de relevancia e identificación de los hechos⁷¹. Cuando el juez otorga un objeto distinto al pedido está cambiando el criterio de relevancia utilizado por el ciudadano para introducir ese hecho. En otras palabras, está dando valor a un enunciado fáctico que, en principio, era completamente irrelevante para conseguir la tutela perseguida. Esto podría pugnar con la vigencia del principio dispositivo entendido como la posibilidad de determinar el contenido y medida de la tutela. El juez, en este caso, da relevancia a hechos que no forman parte del acto alegatorio, y del cual emana un efecto jurídico no pretendido por el actor.

d) Concurrencia de acciones y concurrencia de normas como criterio válido para respetar el principio dispositivo en la apli-

⁷¹ TARUFFO, Michele, cit. (n. 30), pp. 91 a 97. 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 puestos en razón de una determinada norma jurídica. Cfr., EZQUIAGA, Francisco, “*Iura novit curia*” y *aplicación judicial del derecho* (Valladolid, Editorial Lex Nova, 2000), pp. 73 ss.

cación del derecho. La tesis arriba descrita es válida para la mayoría de los casos. Por lo general, cuando la subsunción de un hecho cabe dentro de una norma jurídica concreta que concede el efecto querido. Si no hay lesión al derecho de defensa, no hay mayor inconveniente en aceptar un poder amplio del juez para buscar la institución jurídica que cuadre con los hechos alegados por el actor y que conceda el efecto pedido. En cierta forma aquí se prefiere la eficacia y eficiencia del proceso que el rechazo de una pretensión por una errada calificación de los hechos. Si el actor alega ciertos hechos como fundamento de su pretensión y del efecto jurídico que pretende, pero lo hace invocando equivocadamente una institución jurídica, ese yerro no afecta a la disponibilidad de los derechos puesto que el juez no cambia –al resolver conforme a la institución correcta– el criterio de relevancia utilizado por el titular del derecho para la selección de los hechos. Cuando el ordenamiento contempla un solo camino para conseguir la tutela deseada lo único relevante es que de las alegaciones de hecho pueda desprenderse el efecto jurídico, con prescindencia de si la argumentación jurídica sea correcta o incorrecta⁷². Es cierto que el juez corrige un error de la parte que puede comprometer el derecho de defensa o la imparcialidad, pero en caso alguno afecta el principio dispositivo.

Distinta es la situación cuando el ordenamiento ofrece varios caminos para conseguir el efecto jurídico pretendido. Para definir el ámbito de actuación del poder *ex officio* del juez en la aplicación de los materiales normativos se debe distinguir entre la concurrencia de acciones y la concurrencia de normas.

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

⁷² Quiero insistir en que la discusión le ha centrado exclusivamente en el respeto a la libre disponibilidad de los derechos prescindiendo complementemente de un examen a la luz del derecho de defensa. Tratándose de este derecho la posibilidad de que el juez asuma un amplio poder en la aplicación de los materiales jurídicos es bastante dudosa, puesto que tanto la calificación sorpresa (aquella que se hace en la sentencia y sobre la cual no hubo discusión de ninguna clase) como la recalificación a instancia del tribunal (aquella que tiene lugar en el momento procesal anterior a la dictación del fallo) pueden implicar una lesión al derecho de defensa o afectar la imparcialidad del juzgador.

una petición delimitada en forma distinta”⁷³. Algo más calificadora resulta la explicación de Ortells quien señala: “el concurso de acciones supone: *i*) unos hechos parcialmente idénticos o comunes; *ii*) la posibilidad de varias calificaciones jurídicas según los hechos diferenciales que sean destacados en la alegación; y *iii*) 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’”⁷⁴.

Para el caso de concurrencia de acciones, hay una clara manifestación de voluntad del justiciable al elegir uno de los tantos caminos que abre el ordenamiento para obtener el efecto deseado. Bajo esta perspectiva no puede el juez desvincularse de dicha elección y preferir otras aun cuando 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 tutela⁷⁵.

La razón de esta limitación obedece a que el cambio de la acción deducida provoca inmediatamente la tutela de un derecho diferente y un cambio en el criterio de relevancia con que se han seleccionado los hechos. El juez, en este caso, considera relevantes hechos que si bien han sido introducidos, no han querido ser colocados como base de la tutela. Así, por ejemplo, si un ciudadano ha celebrado un contrato de compraventa sobre un inmueble goza de dos acciones independientes para obtener la entrega material de la propiedad: la emanada del contrato de compraventa y la acción reivindicatoria por ser dueño sin posesión (en el evento, por cierto, de haberse efectuado la tradición) Si elige una de esas acciones entonces queda vedado para el juez pronunciarse por la otra por mucho que todos los hechos hayan sido efectivamente introducidos por las partes y que el objeto pedido se mantenga inalterado. En una se tutela un derecho de propiedad (en la reivindicación)

⁷³ TAPIA, Isabel, *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual. Tratamiento sustantivo y procesal*, con CAVANILLAS MÚGICA (Madrid, Editorial Centro del Estudios Ramón Areces S.A., 1995), p. 187; y GÓMEZ, Emilio, *Concurso de leyes y concurso de acciones en Derecho civil*, en *Revista de Derecho Privado*, 355 (1946), p. 711.

⁷⁴ ORTELLS, Manuel, *Derecho procesal civil* (8ª edición, Navarra, Editorial Thomson Aranzadi, 2008), p. 261.

⁷⁵ TAPIA, Isabel, cit. (n. 73), pp. 187-188, añade que: “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.”

en la otra un derecho emanado del contrato (en la de cumplimiento de contrato).

Distinta sería la situación tratándose de una concurrencia de normas. Para que se dé esta hipótesis 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 normas⁷⁶. 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 hechos⁷⁷. En este sentido, el juez puede perfectamente indicar las normas que el demandante haya omitido, 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. Un típico caso de concurrencia de normas se produce cuando converge frente a un mismo hecho una legislación general con una especial. Pensemos en el caso del ciudadano que compra un producto en una tienda comercial que le genera un daño a su salud. El hecho es subsumible tanto en las disposiciones generales del Código Civil como en las normas de la ley de protección al consumidor, y en ambas normativas puede alcanzarse un efecto común como la indemnización de perjuicios. En este caso, el juez puede decidir libremente el estatuto aplicable sin modificar la petición.

IV. CONCLUSIONES

En el marco de la reforma procesal civil es fundamental determinar los factores que sirven para precisar los roles que se le van a asignar a las partes y al juez en el desarrollo de la actividad jurisdiccional. Y en ese sentido, resulta claro que la disputa sobre bienes jurídicos esencialmente privados no determina esa asignación de roles, aunque puede constituir una buena razón para preferir la actividad de las partes y reducir la del juez. Bajo esta perspectiva es vital comprender que el carácter dispositivo que se predica del proceso civil tiene connotaciones que miran a la sustancia de lo debatido (derechos e

⁷⁶ *Ibíd.*, p. 199.

⁷⁷ *Ibíd.*

intereses objeto de la tutela), quedando al margen de esa característica todo tipo de actuación que influya en el ámbito propio del proceso.

La iniciación del proceso, la determinación de su contenido y su finalización son manifestaciones procesales que se relacionan directamente con la titularidad privada los derechos, y que son recogidas por el PCPC. Por su parte, el control formal de los actos, el impulso procesal y la actividad probatoria quedan excluidas del ámbito propio del principio dispositivo, y tienen su fundamento en el interés público que existe en el cumplimiento de la legalidad procesal y la utilización racional de los recursos estatales. En consecuencia, así como es constitucionalmente inadmisibles un proceso civil que haga desaparecer el carácter disponible de los derechos privados, decidir si el juez debe tener iniciativa probatoria constituye una elección de política procesal empapada de las convicciones que se tengan acerca de la función del proceso civil en un Estado de Derecho.

La elección de dar iniciativa probatoria al juez en nada afecta el carácter disponible de los derechos puesto que la prueba busca proporcionar informaciones que sirven de elementos de juicio para estimar probado o no una alegación, pero en caso alguno constituye una manifestación de voluntad. Se trata de reconocer a la actividad probatoria como un tipo de actividad informativa –incluida por cierto la del juez–, que busca acercar el proceso a la realidad, a aquello que efectivamente sucedió. En este aspecto entiendo que la determinación verdadera de los enunciados de hecho constituye un valor central para legitimar la decisión jurisdiccional, de tal forma que una decisión puede ser considerada justa cuando aquello que se declara probado en la sentencia se aproxima en términos de correspondencia a la realidad de los hechos. La verdad si bien es imposible de alcanzar constituye el *thélos* de la actividad probatoria del juez. Con todo, la iniciativa probatoria del juez si bien se orienta a alcanzar esa verdad como resultado del proceso, no debe lesionar los derechos procesales constitucionalmente consagrados como la imparcialidad o la defensa. Esto se logra mediante la imposición de límites expresos a esta actividad *ex officio*.

Por otra parte, es posible afirmar –en términos generales– que los hechos que se discuten y prueban en el proceso están directamente relacionados con la libertad y naturaleza privada de los derechos subjetivos e intereses legítimos. Si fuera del proceso los ciudadanos son titulares de una autonomía que les permite disponer de sus bienes, esa libertad se mantiene cuando deciden recurrir a la jurisdicción, pero asume una connotación diversa por medio de la actividad alegatoria. Ésta quiere identificar a un conjunto de enunciados fácticos seleccionados por el demandante y del cual emana el efecto jurídico pretendido. De esta forma, el juez queda vinculado por la actividad alegatoria, lo que significa que no puede considerar como relevantes datos fácticos

diferentes de que aquellos que han servido al ciudadano para fundamentar su petición. Esto no impide que se puedan tomar en consideración otra clase de hechos que emanan del proceso, como los secundarios o justificantes, y especialmente los hechos indicios, que pueden funcionar de premisa justificativa para una inferencia lógica destinada a para probar o negar la existencia de los hechos principales. Esta actividad podría ser dejada al juez, como creo que efectivamente se hace en la práctica judicial.

En el ámbito del PCPC, la carga de la parte demandada de pronunciarse categóricamente sobre la veracidad de los hechos contenidos en la demanda podría vulnerar el principio dispositivo entendido como la libertad que tiene el ciudadano de alegar o silenciar un hecho. Sin embargo, el sistema no establece ningún incentivo para que la parte sea veraz, por tanto se trata de una norma que será difícilmente cumplida, y tal sentido, no podría afirmarse que afecte al referido principio.

En otro aspecto, también puede presentarse una relación entre principio dispositivo y aplicación judicial del derecho. Para dar cuenta de esa conexión resulta indispensable abandonar las viejas disputas en torno a los elementos que conforman la causa de pedir, ya que no brindan una solución satisfactoria del problema. Por el contrario, me parece importante entender que la vinculación del juez frente a los materiales jurídicos alegados por las partes tiene como límite la petición que se somete a la decisión del juez. El concreto bien de la vida que persigue el ciudadano genera inmediatamente un recorte en los materiales jurídicos que puede utilizar el juez para resolver el litigio. No sucede lo mismo cuando los hechos propuestos por las partes como jurídicamente relevantes conceden el efecto pedido pero bajo una calificación jurídica diversa a la propuesta por el demandante. En este caso, es razonable darle al juez un poder para desvincularse de la institución que el actor llama erróneamente para fundamentar su pretensión, y conceder la tutela pedida (no otra) en base a una institución jurídica diversa. Si el principio dispositivo se identifica con el objeto pedido, el juez puede asignar a los hechos propuestos un significado jurídico diverso –o si se quiere el significa correcto– con tal que no modifique el efecto jurídico solicitado. La actuación que pueda desempeñar el juez en la aplicación del derecho no transforma el criterio de relevancia con que el actor ingresó a los hechos al proceso. Este razonamiento, sin embargo, muestra la compatibilidad de la aplicación oficiosa del derecho con el principio dispositivo más no con la imparcialidad o el derecho de defensa de las partes.

Este poder del juez en la aplicación del derecho no es aplicable para el caso de concurrencia de acciones. Aquí el ordenamiento abre varios caminos para conseguir el efecto jurídico deseado. La elección de uno de esos caminos cierra inmediatamente los otros, y esa es una clara manifestación de un poder

de la voluntad del ciudadano que el juez debe respetar. De no hacerlo, su sentencia además de vulnerar el derecho de defensa, transgrede el principio dispositivo puesto que tutela un derecho que nadie le pidió hacerlo, modificando el criterio de relevancia con que el justiciable introdujo el hecho al proceso. Aquí, el juez utiliza como relevantes otros hechos introducidos conscientes e inconscientes por los litigantes, pero que no han sido objeto de un acto alegatorio.

[Recibido el 5 de agosto y aprobado el 23 de septiembre de 2010].

BIBLIOGRAFÍA

- ALCHOURRON, Carlos - BULYGIN, Eugenio, *Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico*, en *Análisis lógico y Derecho* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991).
- ALMAGRO, José, *Garantías constitucionales del proceso civil*, en *Para un proceso civil eficaz* (Barcelona, Universidad Autónoma de Barcelona, 1982).
- ANDRIOLI, Virgilio, *Prova (Diritto Processuale Civile)*, en *Novissimo Digesto Italiano* (Torino, UTET, 1979-1982), XIII.
- BORDALÍ, Andrés, *El derecho fundamental a un tribunal independiente e imparcial en el ordenamiento jurídico chileno*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 31 (Valparaíso, Chile, 2° semestre, 2009).
- BORDALÍ, Andrés, *Los poderes del juez civil*, en DE LA OLIVA SANTOS - PALOMO VÉLEZ (coordinadores), *Proceso Civil. Hacia una nueva justicia civil* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007).
- BUONCRISTIANI, Dino, *L'allegazione dei fatti nel processo civile. Profili sistematici* (Torino, Giappichelli Editore, 2001).
- CALAMANDREI, Piero, *El juez y el historiador*, en *Estudios sobre el Proceso Civil* (traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1945).
- CALOGERO, Guido, *Probità, lealtà, veracità nel processo civile* en *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 36 (1939) 1.
- CAPPELLETTI, Mauro, *El proceso civil en el derecho comparado* (Lima, Ara Editores, 2006).
- CAPPELLETTI, Mauro, *El testimonio de la parte en el sistema de la oralidad. Contribución a la teoría de la utilización probatoria del saber privado de las partes en el proceso civil* (La Plata, Librería Editorial Platense, 2002).
- CAPPELLETTI, Mauro, *La oralidad y las pruebas en el proceso civil* (traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1972).
- CARRASCO, Jaime, *La rebeldía en el anteproyecto de Código Procesal Civil*, en *Cuadernos de Extensión Jurídica Universidad de los Andes*, 16 (2009).
- CARRERAS, Miguel, *Facultades materiales de dirección* en *Estudios de Derecho Procesal*, con Fenech, Miguel (Barcelona, Librería Bosch, 1962).
- CARRETTA, Francesco, *Deberes procesales de las partes en el proceso civil chileno: referencia*

- a la buena fe procesal y al deber de coherencia*, en *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, 21 (julio-2008) 1.
- CHIARLONI, Sergio, *Il presente como storia: dai codici di procedura civile sardi alle recentissime riforme e proposte di riforme*, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2 (2004).
- CHIARLONI, Sergio, *Riflessioni sui limiti del giudizio di fatto nel processo civile* en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 40 (1986).
- CORDÓN, Faustino, *En torno a los poderes de dirección del juez civil*, en *Revista de Derecho Privado*, 63 (1979).
- CORTÉS, Valentín, *Derecho Procesal Civil. Parte general* (Valencia, Tirant lo Blanch, 2006).
- DE LA OLIVA, Andrés, *Derecho procesal. Introducción* (3ª edición, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2004).
- DE LA OLIVA, Andrés, *El objeto del proceso y la cosa juzgada en el proceso civil* (Civitas, Madrid, 2005).
- DELLEPIANE, Antonio, *Nueva teoría de la prueba* (Bogotá, Editorial Temis, 2003).
- DENTI, Vittorio, *L'evoluzione del diritto delle prove nei processi civili contemporanei* en *Rivista di Diritto Processuale*, 20 (1965).
- DEVIS, Hernando, *Facultades y deberes del juez en el moderno proceso civil*, en *Estudios de Derecho Procesal* (Buenos Aires, Zavalia Editores, 1985).
- DEVIS, Hernando, *La iniciativa probatoria del juez en el proceso contemporáneo*, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal* 4 (1967), pp. 637 a 662.
- DÍAZ, José, *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez* (Granada, Comares, 1996)..
- ETXEBERRÍA, José, *Las facultades judiciales en materia probatoria en la LEC* (Valencia, Tirant lo Blanch, 2003).
- EZQUIAGA, Francisco, *"Iura novit curia" y aplicación judicial del Derecho* (Valladolid, Editorial Lex Nova, 2000).
- FERRER, Jordi, *Prueba y verdad en el Derecho* (Madrid, Marcial Pons, 2002).
- GARNICA, Juan, *El principio iura novit curia y la determinación del objeto del proceso en el Proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, en *La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía* (1999), I, pp. 1713 a 1716.
- GISBERT, Marta, *La estafa procesal en el proceso civil: su apreciación por los tribunales*, en *Revista de Derecho Procesal*, 1-3 (2004).
- GÓMEZ, Emilio, *Concurso de leyes y concurso de acciones en Derecho civil*, en *Revista de Derecho Privado* 355 (1946).
- GÓMEZ, Emilio, *Derecho procesal civil. Parte General, El proceso declarativo* (Madrid, Artes Gráficas y Ediciones, 1979).
- GÓMEZ, Juan, *Reflexiones sobre las bases científicas de la parte general del derecho jurisdiccional*, en *Estudios de Derecho Procesal en honor de Víctor Fairén Guillén* (Valencia, Tirant lo Blanch, 1990).
- GRASSELLI, Giorgio, *L'istruzione probatoria nel processo civile riformato* (Padova, Cedam, 2000).
- GROSSMANN, Kaethe, *El deber de veracidad de las partes litigantes en los juicios civiles. Exposición de Derecho Comparado*, en *Jurisprudencia Argentina*, 71 (Buenos Aires, 1940).
- GUASP, JAIME, *Juez y hechos en el proceso civil* (Barcelona, Bosch Editor, 1943).
- HUNTER, Iván, *¿Tiene el tribunal algún deber en orden al impulso procesal en el actual*

- proceso civil chileno?* en *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, 21 (Valdivia, Chile, julio de 2009).
- HUNTER, Iván, *Las potestades probatorias del juez de familia* (Santiago, LegalPublishing, 2009).
- HUNTER, Iván, *No hay buena fe sin interés: la buena fe procesal y los deberes de completitud, veracidad y colaboración*, en *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, 21 (diciembre de 2008) 1.
- LASCANO, David, *El principio dispositivo en el proceso moderno*, en *Revista de Derecho Procesal* (1948).
- LIEBMAN, Tulio Enrico, *Fondamento del principio dispositivo*, en *Rivista di Diritto Processuale*, 4 (1960).
- MICHELLI, Gian, *La carga de la prueba* (traducción de Sentís Melendo, Bogotá, Editorial Temis, 2004).
- MILLAN, Carlos, *La incongruencia civil* (Madrid, Tecnos, 1983).
- MONTELEONE, Girolamo, *Limiti alla prova di ufficio nel processo civile (cenni di Diritto comparato e sul Diritto comparato)*, en *Rivista di Diritto Processuale*, 4 (2007).
- MONTERO, Juan, *La prueba en el proceso civil* (Navarra, Thomson Aranzadi, 2005).
- MONTERO, Juan, *Los principios políticos de la nueva Ley de enjuiciamiento civil. Los poderes del juez y la oralidad* (Valencia, Tirant lo Blanch, 2000).
- MONTERO, Juan, *Nociones generales sobre la prueba (entre el mito y la realidad)*, en *La Prueba* (Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2000).
- MORENO, Víctor, *Comentario al artículo 282 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000*, en ESCRIBANO MORA (coordinador), *El Proceso Civil* (Valencia, Tirant lo Blanch, 2001), II.
- MORÓN, Manuel, *Derecho procesal civil. Cuestiones fundamentales* (Madrid, Marcial Pons, 1993).
- NASI, Antonio, *Disposizione del diritto e azione dispositiva. Contributo allo studio del principio dispositivo nel processo civile di cognizione* (Milán, Giuffrè Editore, 1965).
- ORELLANA, Fernando - PÉREZ RAGONE, Álvaro, *Radiografía de la rebeldía en el proceso civil: tópicos hacia una adecuada regulación en la nueva justicia civil*, en *Ius et Praxis*, 13 (2007) 2.
- ORMAZABAL, Guillermo, *Iura novit curia. La vinculación del juez a la calificación jurídica de la demanda* (Madrid, Marcial Pons, 2007).
- ORTELLS, Manuel, *Derecho procesal civil* (8ª edición, Navarra, Editorial Thomson Aranzadi, 2008).
- ORTELLS, Manuel, *Prólogo a la obra de José Bonet Navarro*, en *La prueba en el proceso civil. Cuestiones fundamentales* (Valencia, Difusión Jurídica, 2009).
- PECCHI, Carlos, *La participación del juez en el proceso civil. Su aplicación al CPC Chileno*, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 24 (1975).
- PEREIRA, Hugo, *La cosa juzgada en el proceso civil* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004).
- PEYRANO, Jorge, *El proceso civil. Principios y fundamentos* (Buenos Aires, Editorial Astrea, 1978).
- PICÓ I JUNOY, Joan, *El derecho a la prueba en el proceso civil* (Barcelona, Bosch Editor, 1996).
- PICÓ I JUNOY, Joan, *El principio de la buena fe procesal* (Barcelona, Bosch Editor, 2003).
- PICO I JUNOY, Joan, *Estudio de la errónea recepción del brocardo “iudex iudicare debet*

secundum allegata et probata, non secundum conscientiam” y su repercusión actual (Barcelona, Bosch Editor, 2007).

PRIETO, Leonardo, *El cambio del punto de vista jurídico*, en *Revista de Derecho Procesal* (1956).

RAMOS, Francisco, *Derecho y proceso* (Barcelona, Bosch Editor, 1979).

ROMERO, Alejandro, *La cosa juzgada en el proceso civil chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002).

SATTA, Salvatore, *Diritto processuale civile* (Padova, Cedam, 1948).

SCARSELLI, Giuliano, *Lealtà e probità degli atti processuali*, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 52 (1998).

STOEHLER, Carlos, *De las disposiciones comunes a todo procedimiento y de los incidentes* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009).

TAPIA, Isabel, *El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa juzgada*. (Madrid, Editorial La Ley, 2000).

TAPIA, Isabel, *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual. Tratamiento sustantivo y procesal*, con Cavanillas Múgica (Madrid, Editorial Centro del Estudios Ramón Areces, 1995).

TARUFFO, Michele, *Consideraciones sobre prueba y verdad en Derechos y Libertades Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, 7 (2002).

TARUFFO, Michele, *Il diritto alla prova nel processo civile*, en *Rivista di Diritto Processuale*, 39 (1984) 4.

TARUFFO, Michele, *La prueba* (Madrid, Marcial Pons, 2008).

TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos* (3ª edición, Madrid, Editorial Trotta, 2009).

TARUFFO, Michele, *Páginas sobre la justicia civil. Proceso y Derecho* (Madrid, traducción de Maximiliano Aramburo Calle, Marcial Pons, 2009).

VALLINES, Enrique, *La preclusión en el proceso civil* (Civitas, Madrid, 2004).

VARAS, Juan Andrés, *Limitaciones a la propiedad: una perspectiva civil*, en *La constitucionalización del derecho chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003).

VÁZQUEZ, José, *Los principios del proceso civil*, en *Revista Justicia*, 93 (1993).