

Ej
Ensayos jurídicos

Iván Hunter Ampuero

Rol del juez

Prueba y proceso

ediciones
DER

DER EDICIONES es una Editorial Jurídica creada por un grupo de Editores de larga trayectoria.

Estamos en la búsqueda de publicaciones de innegable valor científico. Nuestra propuesta pone énfasis en una cuidada elaboración técnica, colocando nuestra experiencia al servicio de la comunidad jurídica.

Nuestro catálogo editorial está compuesto por las siguientes colecciones: Ensayos Jurídicos, Monografías, Manuales, Cuadernos Jurídicos, Coediciones, Revistas y Obras prácticas.

Invitamos a aquellos profesores, investigadores o abogados en ejercicio, que hayan escrito una tesis de maestría, monografía, ensayo, manual u otra obra de interés práctico, a publicar con nosotros.

Para mayor información, escribanos a info@derediciones.com o visite nuestra página web www.derediciones.com

ROL DEL JUEZ. PRUEBA Y PROCESO

© Iván Hunter Ampuero

2020 DER EDICIONES LIMITADA

Manuel Barros Borgoño 110, oficina 504, comuna de Providencia, ciudad de Santiago, Chile

info@derediciones.com

www.derediciones.com

Registro de Propiedad Intelectual N° 220-A-985

ISBN 978-956-9959-68-4

Primera edición septiembre de 2020 DER Ediciones Limitada

Tiraje: 300 ejemplares

Impresores: Editora e Imprenta Maval SpA

Impreso en Chile / Printed in Chile

ADVERTENCIA

La Ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual prohíbe el uso no exceptuado de obras protegidas sin la autorización expresa de los titulares de los derechos de autor.

El fotocopiado o reproducción por cualquier otro medio o procedimiento de la presente publicación queda expresamente prohibido.

*A mis padres,
A Rocío, por la paciencia y comprensión para finalizar esta obra.
Y a Lucas y Antonela, por ser parte de la historia de este texto.
A los entrenos que me dieron la fortaleza mental para concluir esta obra.*

AGRADECIMIENTOS

Quisiera agradecer a todos los que han hecho posible la conclusión de esta obra. Primero, a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, en la que por más de 14 años he impartido la asignatura de Derecho Procesal. A la Universidad Carlos III, por la ayuda y colaboración en la conclusión de gran parte de este texto.

A los académicos Andrés Bordalí Salamanca, de la Universidad Austral, y Guillermo Ormazabal Sánchez, de la Universidad de Girona. Ambos han tenido una influencia importante en mi formación y desarrollo académico, incentivando el espíritu crítico y la producción científica.

*“Nunca se alcanza la verdad total,
ni nunca se está totalmente alejado de ella”.*

ARISTÓTELES

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	XI
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I: ANTECEDENTES HISTÓRICOS, POLÍTICOS E IDEOLÓGICOS DE LOS PODERES DEL JUEZ EN EL PROCESO CIVIL.....	13
1. EL ESTADO LIBERAL Y SOCIAL DE DERECHO Y EL PROCESO CIVIL.....	15
1.1. Introducción.....	15
1.2. Estado liberal de derecho y sus repercusiones en el proceso	16
A) Introducción.....	16
B) Características del proceso liberal del siglo XIX.....	19
1.3. Estado social de derecho y la “publicación” y “socialización” del proceso civil	27
A) Introducción	27
B) Contenido de la “publicación” y “socialización” del proceso civil...	29
a. Introducción	29
b. Publicación del proceso civil y las concepciones débiles.....	32
c. La socialización del proceso civil	40
d. Publicación del proceso civil y las concepciones fuertes	44
e. A modo de conclusión parcial.....	52
C) Publicación del proceso civil y el proceso social	55
D) La publicación del proceso civil y el Código de Procedimiento Civil chileno	58
2. GÉNESIS DE LA PUBLICACIÓN Y SOCIALIZACIÓN DEL PROCESO CIVIL: LA ORDENANZA PROCESAL AUSTRIACA DE FRANZ KLEIN.....	62
2.1. Introducción.....	62

2.2. Características de la ZPO austriaca	65
A) Dirección del proceso en manos del juez.....	65
B) Proceso oral y público.....	68
C) Colaboración entre partes y juez.....	70
D) Reforzamiento de la primera instancia	73
2.3. Críticas a la ZPO austriaca de Klein.....	76
2.4. La defensa de la ZPO austriaca	80
3. LA DENOMINADA CONCEPCIÓN “GARANTISTA” DEL PROCESO CIVIL DEL SIGLO XXI.....	86
3.1. Introducción.....	86
3.2. Líneas matrices del proceso civil “garantista” (o sedicente) y críticas	87
4. LOS PODERES DEL JUEZ Y LAS EXPERIENCIAS LEGISLATIVAS COMPARADAS.....	94
4.1. La experiencia italiana de 1865 y 1940.....	94
A) Introducción.....	94
B) El Codice di Procedura Civile italiano de 1865 y los poderes del juez	95
C) El Codice di Procedura Civile italiano de 1940 y los poderes del juez	103
4.2. Los poderes del juez civil y la experiencia española.....	112
A) La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881.....	112
B) Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000.....	118
4.3. Los poderes del juez civil y la experiencia chilena	119
A) Código de Procedimiento Civil de 1903.....	119
B) Proyecto de Código Procesal Civil de 2012	124
5. PROCESO CIVIL E IDEOLOGÍA	126
5.1. Introducción.....	126
5.2. El proceso civil y su neutralidad ideológica.....	128
5.3. Proceso civil y su ideología.....	131
5.4. Evaluación crítica: el proceso civil y la ideología sobre la función del proceso civil.....	142
CAPÍTULO II: LAS POTESTADES <i>EX OFFICIO</i> DEL JUEZ EN EL PROCESO.....	153
1. PODERES MATERIALES Y PODERES FORMALES.....	155
1.1. Introducción.....	155
1.2. Una necesaria distinción previa.....	156
2. LOS PODERES DEL JUEZ Y SU RELACIÓN CON LAS FACULTADES, DEBERES Y DERECHOS SUBJETIVOS	161
2.1. Introducción.....	161
2.2. Actuaciones del juez como derecho subjetivo.....	162

2.3. Actuaciones del juez como facultades.....	163
2.4. Actuaciones del juez como potestades	164
2.5. Actuaciones del juez como deberes jurídicos.....	165
2.6. Poderes del juez y poderes jurisdiccionales	170
3. PODERES DEL JUEZ, LEGALIDAD PROCESAL Y JUSTO PROCESO	172
3.1. Introducción.....	172
3.2. El principio de legalidad en materia procesal: <i>status quaestionis</i>	175
3.3. Legalidad procesal y sus tradicionales significados	177
3.4. La legalidad procesal y la Constitución chilena	180
3.5. La legalidad procesal en el PCPC	183
3.6. El debido proceso: del debido proceso legal al debido proceso material....	186
3.7. La discrecionalidad judicial y los poderes del juez.....	189
3.8. La legalidad procesal y los poderes del juez	196
A) Propuesta de interpretación: los poderes de dirección material y los poderes de dirección formal.....	199
B) La discrecionalidad del juez en el derecho sustantivo.....	205
C) La legalidad de los poderes <i>ex officio</i> versus la libertad de las formas	208
a. El sistema del PCPC nacional: ¿la legalidad o libertad de for- mas?	209
3.9. El verdadero papel de la discrecionalidad en los poderes oficiosos del juez	211
3.10. Sistemas de poderes probatorios y legalidad procesal	213
A) Sistemas de alta tipicidad en materia de poderes <i>ex officio</i>	213
B) Sistema de baja tipicidad en materia de poderes <i>ex officio</i>	217
3.11. A modo de resumen: algunas propuestas de condiciones y límites a la regulación de los poderes de los jueces.....	218
4. LOS PODERES DE DIRECCIÓN DEL PROCESO	220
4.1. Introducción.....	220
4.2. Poderes de dirección procesal y material	220
A) Los poderes de dirección procesal	222
a. Poderes de impulso procesal	223
b. Los poderes de impulso procesal en el PCPC.....	233
c. Poderes ordenatorios procesales	238
i. Control de los presupuestos procesales.....	240
ii. Control de los presupuestos procesales en el PCPC	249
– Competencia del órgano jurisdiccional	252
– El presupuesto procesal del procedimiento adecuado.....	253
– Capacidad de las partes y capacidad procesal.....	256

– Litisconsorcio necesario activo y pasivo.....	261
– Control de la legitimación <i>ad causam</i>	268
B) Potestades de dirección material.....	273
a. Introducción.....	273
b. El procedimiento probatorio y los poderes del juez.....	274
i. Concepto y actos que lo componen.....	274
ii. Procedimiento probatorio y la idea general sobre la función del proceso.....	275
iii. Procedimiento probatorio como garantía de legalidad procesal.....	277
iv. El procedimiento probatorio y la distribución de roles procesales.....	279
v. Procedimiento probatorio en el PCPC.....	281

CAPÍTULO III: CUESTIONES GENERALES DE DERECHO PROBATORIO.....	283
1. EL DERECHO A LA PRUEBA.....	285
1.1. Aspectos generales.....	285
1.2. El derecho a la prueba en la doctrina.....	286
A) ¿Dónde se enmarca el derecho a probar?.....	286
B) Contenido del derecho a la prueba.....	289
C) El derecho a la prueba en el ordenamiento jurídico nacional.....	299
a. Derecho a la prueba en el CPC.....	300
2. LA FINALIDAD DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA.....	302
2.1. Introducción.....	302
2.2. Distintas concepciones acerca de la prueba y su finalidad.....	303
A) Prueba como mecanismo de fijación de hechos.....	304
B) Prueba como manera de lograr la convicción psicológica del juzgador.....	305
C) Prueba como mecanismo para lograr la certeza de los hechos.....	309
D) Prueba como mecanismo de conocimiento de los hechos: relación entre prueba y verdad.....	310
2.3. ¿Por qué es necesaria la “verdad” en el proceso judicial?.....	315
2.4. La potestad probatoria del tribunal y la verdad.....	319
2.5. ¿Qué concepción de la prueba sigue el PCPC?.....	322
3. EL OBJETO DE LA PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL.....	324
3.1. Introducción.....	324
3.2. Las normas jurídicas como objeto de la prueba.....	324
3.3. Los hechos o las alegaciones de los hechos como objeto de la prueba.....	326
A) Hechos necesitados de prueba (hechos controvertidos).....	326
B) Dificultades de identificación de los hechos objeto de la prueba.....	328

C) Los actos jurídicos	330
D) Los hechos materiales e inmateriales o psíquicos	331
E) Hechos simples y complejos.....	334
F) Hechos futuros y permanentes.....	336
G) Hechos negativos.....	337
H) Hechos antiguos.....	339
I) Hechos íntimos	340
J) Hechos técnicos	340
3.4. ¿Qué hechos no deben ser objeto de prueba?.....	341
A) Hechos admitidos expresa o tácitamente.....	341
B) Hechos notorios	342
C) Hechos que constituyen verdades interinas	345
D) Hechos presumidos de derecho.....	346
3.5. Las máximas de la experiencia como objeto de prueba.....	346
A) Qué son las máximas de la experiencia	346
B) Tipos o clases de máxima de la experiencia	347
C) ¿De qué depende la validez de la máxima de la experiencia utilizada?	348
D) Los peligros de la utilización de las máximas de la experiencia	351
4. RECOMPILACIÓN DE LAS FUENTES Y MEDIOS DE PRUEBA EN EL PROCESO	356
4.1. Fuentes y medios de prueba	356
4.2. Recopilación medios de prueba: la exhibición documental	357
4.3. Problemas en la recopilación de la prueba: la frustración de la prueba en el proceso civil chileno.....	360
4.4. ¿Cómo evitar o enfrentar los casos de frustración de la prueba?.....	363
4.5. Exhibición de documentos, frustración de la prueba y máximas de la experiencia: hacia la construcción de la presunción judicial	365
4.6. La valoración de la conducta procesal como fuente de prueba.....	369
4.7. Elementos para la construcción de una presunción grave y precisa en el caso de frustración de la prueba	373
5. TAXATIVIDAD DE LOS MEDIOS DE PRUEBA.....	383
5.1. Introducción.....	383
5.2. Acerca de las diferentes doctrinas de la taxatividad de los medios de prueba	384
5.3. Los medios de prueba no son taxativos.....	385
6. VALORACIÓN DE LA PRUEBA Y DECISIÓN SOBRE LOS HECHOS	389
6.1. ¿Qué es valorar la prueba?	389
6.2. Reglas de prueba, de valoración legal y sana crítica.....	393

6.3.	Reglas de valoración legal de la prueba como normas de presunción simplemente legales y carga de la prueba	396
6.4.	Valoración legal de la prueba en el derecho nacional.....	399
	A) Normas reguladoras de la prueba.....	399
	B) ¿Cuándo hay vulneración a las normas reguladoras de la prueba?.....	401
6.5.	¿Qué normas pueden considerarse reguladoras de la prueba en nuestro derecho?.....	404
6.6.	Normas de prueba legal y sana crítica	408
	A) Introducción	408
	B) Hipótesis de confrontación entre los resultados probatorios de la prueba legal y de la libre valoración de la prueba	411
	a. Hipótesis en que el juez considera que un hecho no está probado, pero aplicando las reglas de prueba legal debe declararlo probado	411
	b. Hipótesis en que el juez considera probado un hecho que aplicando las reglas de prueba legal también lo estaría.....	414
	C) Algunos mecanismos para operar con las normas de prueba legal en sistemas probatorios mixtos.....	415
	a. De las reglas de segundo orden.....	415
	b. Falta de aplicación del hecho probatorio (bloqueo de la regla de prueba legal).....	416
	c. Derrotabilidad de las reglas legales de la valoración de la prueba	418
7.	LA CARGA DE LA PRUEBA	421
	7.1. Introducción.....	421
	7.2. Carga formal de la prueba	422
	7.3. Carga material de la prueba o regla de juicio	425
	7.4. Algunos criterios de asignación de carga de la prueba en la doctrina y jurisprudencia nacional	427
	A) La normalidad como criterio de asignación de la carga de la prueba	427
	B) Prueba <i>in re ipsa loquitur</i>	430
	C) Prueba prima facie	431
	D) Riesgo como criterio de asignación de la carga de la prueba	432
8.	ADMISIBILIDAD DE LOS MEDIOS DE PRUEBA	434
	8.1. Introducción.....	434
	8.2. Admisibilidad de la prueba y objeto.....	444
	8.3. El juicio de admisión de la prueba en el PCPC	445
9.	PRÁCTICA DE LA PRUEBA	449
	9.1. Introducción.....	449
	9.2. La práctica de la prueba en el PCPC	450
	9.3. A modo de resumen: la importancia del contradictorio.....	452

CAPÍTULO IV: ROL DEL JUEZ EN LA PRUEBA	455
1. LA INICIATIVA PROBATORIA DEL JUEZ	457
1.1. Hacia una aproximación conceptual.....	457
1.2. Principios que la gobiernan: iniciativa de parte e iniciativa de oficio	460
1.3. Iniciativa probatoria en el PCPC	463
1.4. Tipología de los modelos de iniciativa probatoria <i>ex officio</i> según TARU- FFO	466
2. SISTEMAS DE APORTACIÓN DE PRUEBA A INSTANCIA JUDICIAL	469
2.1. Introducción.....	469
2.2. Potestades probatorias del juez y la audiencia preliminar.....	471
A) Derecho a la prueba y su compatibilidad con la iniciativa probatoria del tribunal: explicación del problema.....	478
B) Buena fe procesal, deberes de colaboración, veracidad y derecho a la prueba.....	480
a. La difícil tarea de delimitar el concepto de buena fe procesal.....	480
b. La buena fe en el ordenamiento jurídico nacional	481
c. La buena fe y los deberes procesales	482
d. La buena fe procesal como límite a la garantía constitucional del derecho de defensa	487
e. ¿Por qué no a los deberes positivos fundados en la buena fe pro- cesal?.....	494
i. El proceso como un sistema de cargas y no de deberes proce- sales	494
ii. El contradictorio y el deber de veracidad y completitud.....	498
iii. Inocuidad de la mentira e irrelevancia práctica del deber de veracidad y completitud	501
iv. Deber de veracidad y completitud en las alegaciones y el principio dispositivo.....	503
v. La garantía del derecho a defensa: la prohibición de la inde- fensión	505
vi. ¿Cuándo existe el deber de decir la verdad y de ser completo en la exposición de los hechos?.....	506
f. A modo de conclusión.....	507
2.3. Iniciativa probatorio <i>ex officio</i> y la potestad judicial del artículo 429.1 de la LEC 1/2000.....	507
A) Objetivo y alcance de la indagación	507
B) La función colaborativa del juez en el derecho comparado.....	510
C) Finalidad del artículo 429.1.I y II	511
D) Potestad del artículo 429.1.II. ¿Facultad o un deber judicial?.....	521
E) ¿Qué debe entenderse por “insuficiencia probatoria”?.....	530

F) ¿Es la potestad contenida en el artículo 429.1.II LEC una potestad probatoria <i>ex officio</i> del juez?	535
G) ¿Resulta extrapolable esta potestad en el marco del diseño probatorio del PCPC?	536
2.4. Iniciativa probatoria del juez y las medidas para mejor resolver	537
A) Denominaciones y origen	537
B) Finalidad de las diligencias para mejor proveer	539
C) Carácter complementario de las medidas para mejor proveer	544
D) Las diligencias para mejor proveer no pueden suplir la negligencia de las partes	550
E) Se trata de una facultad judicial y no de un deber	553
F) Las diligencias no tienen por objeto la agregación de hechos nuevos	555
G) ¿Es necesario insistir con las medidas para mejor proveer?	556

CAPÍTULO V: LOS PODERES PROBATORIOS DEL JUEZ Y SUS APLICACIONES AL PROCESO CIVIL	561
1. ACTIVIDAD PROBATORIA DEL TRIBUNAL E IMPARCIALIDAD DEL JUZGADOR	563
1.1. Introducción	563
1.2. El problema: dos tesis acerca de la imparcialidad del juez y la actividad probatoria del tribunal	564
1.3. Imparcialidad del juzgador como derecho fundamental a un debido proceso y elemento esencial de la figura del juez	568
1.4. ¿Cómo se pierde la imparcialidad del juzgador en la actividad probatoria?	570
1.5. Imparcialidad judicial y neutralidad judicial	573
1.6. La neutralidad judicial y la jurisdicción	576
1.7. Evaluación crítica sobre la imparcialidad en la actividad probatoria del tribunal	580
1.8. Imparcialidad y motivación de la decisión judicial	582
1.9. La imparcialidad de juzgador en la iniciativa probatoria y el PCPC	584
A) Existencia de un criterio objetivo para la decretación de prueba <i>ex officio</i>	587
B) Respeto a los hechos debidamente alegados por las partes	588
C) La actividad probatoria debe limitarse a las fuentes de prueba que constan en el proceso	590
D) La potestad probatoria del juez civil debería concretarse respetando la idea de complementariedad o subsidiariedad	593
E) La observación de la garantía del contradictorio	594
2. PRINCIPIO DISPOSITIVO Y APORTACIÓN DE PARTE EN LA ACTIVIDAD PROBATORIA DEL TRIBUNAL	598

2.1. Introducción.....	598
2.2. El problema	598
2.3. El principio dispositivo: fundamento y alcances.....	601
2.4. El principio de aportación de parte.....	605
A) Principio de aportación de parte: contenido y alcance	606
a. La alegación de los datos o elementos fácticos le corresponde a las partes.....	606
b. El material probatorio debe ser introducido por las partes	609
B) El principio dispositivo y de aportación de parte: su diferencia y repercusión en la aportación de prueba <i>ex officio</i>	610
2.5. Propuesta de interpretación en razón a la naturaleza de los actos que se desarrollan en el proceso	614
2.6. Principio de aportación de parte y el PCPC	619
3. LA INICIATIVA PROBATORIA DEL TRIBUNAL Y EL CONTROL DE LA FIABILIDAD PROBATORIA.....	620
3.1. Introducción.....	620
3.2. Concepto y finalidad del control de la fiabilidad de la prueba	621
3.3. La fiabilidad probatoria en el PCPC.....	624
3.4. El control de la fiabilidad probatoria y los poderes probatorios del tribunal	626
3.5. La fiabilidad probatoria y la iniciativa probatoria del tribunal en PCPC ..	629
4. LA CARGA DE LA PRUEBA Y LA ACTIVIDAD PROBATORIA DEL TRIBUNAL.....	631
4.1. Introducción.....	631
4.2. El problema	632
4.3. La presunción de inocencia en materia civil: estado de la cuestión en la doctrina y jurisprudencia	634
4.4. La presunción de inocencia no se aplica a materia civil	641
4.5. La presunción de inocencia en el ordenamiento jurídico nacional: ¿es posible su extensión a materia civil?.....	646
4.6. Carga de la prueba formal y carga de la prueba material	649
4.7. Carga material de la prueba e iniciativa probatoria del tribunal.....	655
4.8. Los criterios de facilidad y disponibilidad probatoria como regla de juicio y la actividad probatoria del tribunal.....	660
5. LA INICIATIVA PROBATORIA DEL JUEZ Y LA IGUALDAD DE ARMAS	665
5.1. Introducción.....	665
5.2. El principio de igualdad y el proceso civil	666
5.3. La actividad probatoria del juez civil y la igualdad procesal	668

5.4. Revisión crítica de la igualdad procesal y la actividad probatoria del juez: propuesta de interpretación.....	671
A) Desigualdades sustanciales e igualdad procesal.....	671
B) Desigualdades económicas y actividad probatoria del juez.....	675
C) Desigualdad técnica y actividad probatoria del juez.....	677
D) La igualdad procesal y la efectividad del derecho de defensa.....	679
E) Propuesta de interpretación.....	681
5.5. El principio de igualdad y el PCPC.....	685
6. LA INICIATIVA PROBATORIA DEL JUEZ Y LOS HECHOS DE DIFÍCIL PRUEBA.....	688
6.1. Las dificultades de prueba en el proceso civil.....	688
6.3. Técnicas comúnmente aceptadas para la prueba de estos hechos.....	692
6.4. Algunas formas de abordar la dificultad probatoria.....	695
A) Prueba por indicios.....	695
B) Identificación de los indicios tipo.....	697
C) Valoración del contexto probatorio a través de la noción de la mejor prueba disponible.....	700
D) Motivación y justificación del juicio fáctico.....	703
6.5. Actividad probatoria del tribunal y hechos de difícil prueba.....	704
BIBLIOGRAFÍA.....	707
DOCTRINA.....	707
NORMAS CITADAS.....	761

ABREVIATURAS

<i>ad. ex.</i>	: <i>ad exemplum</i> (por ejemplo)
ADN	: ácido desoxirribonucleico
art. / arts.	: artículo/artículos
ATCE	: Auto Tribunal Constitucional Español
CA	: Corte de Apelaciones
CC	: Código Civil
CE	: Constitución Española
CGPJ	: Consejo General del Poder Judicial
coord.	: coordinador
COT	: Código Orgánico de Tribunales
CPC	: Código de Procedimiento Civil
CPP	: Código Procesal Penal
CPR	: Constitución Política de la República
CS	: Corte Suprema
D.F.L.	: Decreto con Fuerza de Ley
dir.	: director
ed.	: editor
<i>et ál.</i>	: y otros
FJ	: fojas
GJ	: Gaceta Jurídica
LEC	: Ley de Enjuiciamiento Civil
LTF	: Ley de Tribunales de Familia

PCPC	: Proyecto de Código Procesal Civil
R.	: Revista de Derecho y Jurisprudencia
RA	: Recurso de Amparo
RDJ	: Revista de Derecho y Jurisprudencia
SAP	: Sentencia Audiencia Provincial
sec.	: sección
SEIA	: Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental
SII	: Servicio de Impuestos Internos
STCCH	: Sentencia del Tribunal Constitucional Chileno
STCE	: Sentencia del Tribunal Constitucional Español
STS	: Sentencia del Tribunal Supremo
TC	: Tribunal Constitucional
TCCH	: Tribunal Constitucional Chileno
TCE	: Tribunal Constitucional Español
trad.	: traducción
t.	: tomo
TS	: Tribunal Supremo
TSE	: Tribunal Supremo Español
URSS	: Unión Soviética
UTM	: Unidad Tributaria Mensual
vol.	: volumen
ZPO	: Ordenanza Procesal Austriaca de 1895

INTRODUCCIÓN

El lector tiene en sus manos un texto que constituye una parte de mi tesis doctoral defendida en el año 2010 en la Universidad Carlos III, de Madrid, la que ha sido corregida y aumentada con algunos trabajos publicados en revistas indexadas. Se trata de una investigación cuya temática central no ha perdido vigencia y que se vincula al rol del juez, y su relación con las partes, en el proceso civil. Dicha función ha sido estudiada en este texto en sus aspectos materiales (aportación de prueba y hechos) y procedimentales (impulso procesal y control de la legalidad). La aplicación del derecho por los jueces (*iura novit curia*) fue abordada en otra oportunidad, y me remitiré a ella. Por eso, el título de la obra solo se vincula a la prueba y al proceso propiamente tales. Espero que las siguientes páginas puedan servir para la futura discusión en torno a la reforma procesal civil y también para la aplicación e interpretación de los institutos procesales vigentes.

Tres cuestiones se deben aclarar antes de la lectura: a) cuando se haga referencia al “proceso civil”, debe entenderse en su sentido más amplio, es decir, como “no penal”. Si bien es cierto, la investigación se centra en los litigios de carácter dispositivo patrimonial, muchos de sus razonamientos tienen aplicaciones a otros ámbitos judiciales. Ese es el motivo por lo que se han incluido referencias a la Ley de Tribunales de Familia, procesos laborales y Ley de Tribunales Ambientales; b) de igual forma, se han utilizado como referencias dogmáticas, es decir, como normas objeto de análisis, tanto el actual Código de Procedimiento Civil (en adelante CPC) como el Proyecto de Código Procesal Civil del año 2012 (en adelante PCPC); c) se han introducido algunas temáticas generales y específicas de derecho probatorio. Su tratamiento, sin embargo, está lejos de ser exhaustivo, especialmente en una disciplina que ha tenido un desarrollo teórico muy

relevante en los últimos diez años. No obstante, teniendo la prueba una aplicación principalmente procesal, estimé importante dar cuenta de una serie de conceptos cuya utilidad para la investigación resulta fundamental. Así, por ejemplo, la comprensión de los diferentes momentos de la decisión sobre los hechos, la distinción entre valoración libre y estándar de prueba, las relaciones entre objeto y carga de la prueba, resultan difíciles de prescindir en un contexto en que la distribución de los roles procesales es el eje central a dilucidar.

El jurista brasileño Juan Carlos BARBOSA MOREIRA, en el año 1984, manifestaba:

“[M]ucho se ha escrito, y no solamente en nuestros días, sobre el problema de la ‘división de trabajo’ entre el órgano judicial y las partes respecto a la averiguación de los hechos relevantes para la solución del litigio. No parece difícil resolverlo correctamente tan pronto se libere uno de prejuicios y se deje guiar por el sentido común. El juez tiene el deber de fallar *secundum ius*. Ahora bien: para que el derecho se realice en el caso concreto, es indispensable el conocimiento de los hechos que constituyen el presupuesto de incidencia de las normas. Por consiguiente, y con las multiformes limitaciones que nadie ignora, el descubrimiento de la verdad está esencialmente incluido en el ámbito de la incumbencia del órgano judicial”¹.

Este párrafo, literalmente transcrito, representa en plenitud una síntesis sobre dos aspectos ineludibles de todo trabajo científico y que son abordados, en una de sus aristas, en este libro. Por un lado, dar cuenta de un problema de relevancia jurídica: la determinación de los roles procesales, esto es, qué tareas se le van a adjudicar al juez y a las partes en el desarrollo de la actividad jurisdiccional, tanto desde el punto de vista procesal como sustantivo o material. Por otro lado, plantear, aunque de modo explícito, una cierta hipótesis sobre el problema, entendiendo la importancia del rol del juez en la tarea de reconstruir los hechos para la obtención de la verdad. Este propósito requiere abordar múltiples aspectos vinculados al derecho procesal, jurisdiccional y el derecho probatorio.

De igual forma, en esta obra he asumido una clara postura, no tan diferente a la planteada originalmente en la tesis doctoral, pero que ha debido ser moldeada a partir de las reflexiones y posteriores discusiones sobre la materia. En efecto, me parece relevante asumir que la función

1 BARBOSA (1984), pp. 157-158.

jurisdiccional en un Estado de derecho no solo tiene por finalidad la resolución de controversias, aunque este sea siempre su presupuesto esencial. Los tribunales existen porque los ciudadanos tienen un derecho a que sus disputas sean resueltas por un órgano del Estado, de manera imparcial e independiente, aplicando las normas jurídicas a los hechos del caso. En esa tarea, la determinación de la verdad de los hechos resulta indispensable y crucial, porque la adjudicación de derechos solo es justa cuando los supuestos de las normas jurídicas han acaecido en la realidad. En ese contexto, la prueba es la única que puede legitimar una decisión justa, en la medida que proporciona elementos racionales (y, por tal motivo, intersubjetivamente comunicables y controlables) que permiten fundar la verdad de una proposición fáctica. En consecuencia, la jurisdicción debe ser concebida como el momento de la epistemología y del conocimiento de los hechos, por lo que resulta natural pensar que sus instituciones se articulen en torno a esta idea.

Con todo, el Estado de derecho impone el cumplimiento obligatorio de ciertas reglas que se inspiran, a su vez, en derechos fundamentales de corte procesal. Esto, desde luego, puede significar renunciar al menos parcialmente a la obtención de la verdad. Ello no impide, sin embargo, que esta siga siendo una característica de la jurisdicción como mecanismo de resolución de controversias. Esa es una tensión constante con la que se enfrenta al legislador, y para la que este trabajo intenta proponer algunas soluciones.

Por añadidura, también se abordan cuestiones relacionadas con el impulso y el control procesal. En lo que atañe al cumplimiento de la legalidad procesal, no cabe duda que esta se configura como una de las garantías más preciadas para los justiciables, dado que asegura la validez y eficacia de los actos procesales realizados en conformidad a la ley. Por esa razón, entregar al juez la función de custodio del cumplimiento de la ley procesal –más allá de las alegaciones de los litigantes– constituye una exigencia propia del Estado de derecho moderno, coherente con la tutela de los derechos fundamentales. Así también lo demandan las exigencias de igualdad de armas que impiden que el juez deje de observar las reglas procesales por razones de justicia material.

En lo que respecta al impulso procesal, este trabajo asume que el juez debe tener un dominio absoluto sobre los tiempos en que se desarrolla el proceso. No cabe duda que el Estado tiene un interés en que las contro-