Artículo: La pasividad del juez en el proceso civil. ¿Mito o realidad?
Revista: Nº199, año LXIV (En-Jun, 1996)
Autor: Julio Salas Vivaldi

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Nº 199
AÑO LXIV
ENERO - JUNIO 1996
Fundada en 1933

ISSN 0303 - 9986

REVISTA DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE CONCEPCION

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Artículo: La pasividad del juez en el proceso civil. ¿Mito o realidad?
Revista: Nº199, año LXIV (En-Jun, 1996)
Autor: Julio Salas Vivaldi

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

LA PASIVIDAD DEL JUEZ EN EL PROCESO CIVIL. ¿MITO O REALIDAD?

JULIO E. SALAS VIVALDI
Profesor Derecho Procesal
Fac. Cs. Jurídicas y Sociales
Universidad de Concepción

Los profesores de Derecho Procesal enseñamos a nuestros alumnos -futuros jueces y abogados- que uno de los principios que caracterizan al sistema judicial patrio es el llamado de "la Pasividad" si lo relacionamos con el juez, o de "Disposición" o de "Disponibilidad", si con los litigantes.

Para hacerlo nos basamos en el artículo 10 del Código Orgánico de Tribunales que textualmente dispone en lo pertinente: "Los tribunales no podrán ejercer su ministerio sino a petición de parte, salvo los casos en que la ley los faculte para proceder de oficio".

Esta disposición es de muy antigua instauración. Ya la contemplaba la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales del año 1875 y la adoptó el actual Código Orgánico de Tribunales. Fue heredada de la legislación española y ésta de la romana.

Su aplicación se ha radicado en el proceso civil y se inspira en que en él se dilucidan aspectos propios del interés privado de los litigantes, ajenos a los de la sociedad que miraría indiferente el resultado del respectivo juicio. Es por ello que el juez -representante de esa sociedad- debe limitar sus poderes a los que aquéllos le otorguen.

Las partes son -se dice- las dueñas de la litis y les corresponde promover su inicio, impulsar el curso del proceso y determinar los límites de la decisión del juez. Este se someterá a ellas y sólo surgirá como ente superior en el momento de emitir su fallo, que debe ser respetado.

Sin embargo, debemos reconocer que cada vez enseñamos este principio procesal con menos fe y mayores recelos. Si miramos la realidad actual consta-

Artículo: La pasividad del juez en el proceso civil. ¿Mito o realidad?
Revista: Nº199, año LXIV (En-Jun, 1996)
Autor: Julio Salas Vivaldi

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

taremos que es tan extensa y dependiente la vinculación entre los individuos de una colectividad que ella no puede permanecer impávida frente a las disputas de sus miembros. De alguna manera alteran la paz y la tranquilidad social y es el juez quien restituirá esa paz y esa tranquilidad. Para ello debe sacársele del rol pasivo reseñado y transformarlo en un diligente y oportuno actor del impulso del curso del respectivo proceso, de su normalidad y contralor del comportamiento de las partes.

El legislador no ha permanecido impávido ante tal realidad. Si bien ha dejado literalmente vigente el recordado artículo 10 del Código Orgánico de Tribunales, ha introducido diversas reformas a la legislación procesal que otorgan al juez mayores atribuciones en la sustanciación de la litis que debilitan, mas no eliminan, el principio de la pasividad allí consignado.

Hecha esta introducción, analicemos el papel del juez frente a la litis llamado a resolver. Lo haremos respecto de las diversas fases del correspondiente proceso.

a) APERTURA DEL PROCESO

En relación con la iniciativa de la instauración de la litis civil y apertura del correspondiente proceso, el juez no tiene participación. Requiere de manera ineludible de la actividad del actor mediante la correspondiente demanda contenedora de sus pretensiones. No tienen cabida en la legislación las llamadas audiencias preliminares, conciliatorias, etc., permitidas en el derecho comparado.

Requerida la intervención del magistrado, surge el mandato contenido en el inciso segundo del recordado artículo 10 del Código Orgánico de Tribunales, elevado a rango constitucional en la regla del artículo 73 de la Carta Fundamental, que dice así: "Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrá excusarse de ejercer su autoridad, ni aún por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometido a su decisión".

Clara demostración de la pasividad del juez y disponibilidad de las partes. Sin embargo aquél tiene algunas atribuciones al respecto que oficiosamente ejercerá. Veámoslas.

En primer lugar, frente a la demanda el magistrado deberá examinar si es competente para conocer del litigio, pudiendo repelerla de oficio. Pero esta repulsa sólo podrá adoptarla de propia iniciativa si incide en la llamada competencia absoluta, es decir aquélla fundada en la clase o jerarquía del tribunal en que sirve y que tiene como cimientos los factores cuantía de lo disputado, materia sobre que versa y personas que asumen el rol de partes, lo dicho por el carácter de normas de Derecho Público las que los reglamentan, irrenunciables por el juez y éstas.

Por el contrario, si el motivo que determina la incompetencia del juez es la llamada relativa, fundada en el ámbito meramente territorial de sus atribuciones, deberá someterse a la voluntad de las partes y no podrá repeler de oficio el conocimiento del asunto aun cuando el legislador lo asignare a otro de igual clase y jerarquía, pero que las partes pueden sí alterar. Claro queda el sometimiento del juez a ellas en este aspecto.

Artículo: La pasividad del juez en el proceso civil. ¿Mito o realidad?
Revista: Nº199, año LXIV (En-Jun, 1996)
Autor: Julio Salas Vivaldi

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Superado lo anterior, el magistrado debe ahora examinar de propia iniciativa si el actor ha cumplido con determinados requisitos propios de su comparecencia y exigidos por el legislador.

Como sabemos, por regla general, en la primera instancia debe actuarse por intermedio de un procurador que debe poseer conocimiento de la tramitación del proceso: el *jus postulandi*, y el vínculo que lo une a la parte que le representa es un mandato cuya constitución y efecto se regulan en el Código de Procedimiento Civil.

La Ley Nº 18.120 sobre "Comparecencia en juicio" faculta al juez para cautelar de propia iniciativa el cumplimiento de lo anterior y lo autoriza, encontrándose frente a la respectiva demanda, exclusivamente ordenar la debida constitución del mandato referido, dentro de un plazo que él fijará, y que no excede de tres días, transcurrido el cual se le tendrá por no presentada para todos los efectos legales.

Exige, además, el legislador el patrocinio -defensa- de un abogado, cuya constatación también debe cautelar oficiosamente el juez. La ley ya indicada le faculta para negarse a proveer la demanda, la que tendrá también por no presentada si constata la omisión de la exigencia mencionada.

Pero lo anterior no es todo respecto a la actitud del magistrado frente a la demanda. Superadas las formalidades ya dichas entrará a examinar su texto y aquí ya se percibe no sólo su sometimiento a las partes en la iniciación de la litis, sino también al contenido de la misma.

En efecto, el artículo 256 del Código de Procedimiento sólo le habilita para repeler la tramitación del libelo, si carece de las más elementales condiciones de mera forma exigidas por el legislador: la designación del tribunal respectivo y la individualización de los que serán partes del litigio.

Por el contrario, frente a la demanda no puede emitir pronunciamiento alguno respecto de exigencias de más trascendencia como lo referente a sus fundamentos, los hechos en que se apoya el incipiente actor y las peticiones cuya satisfacción aspira por absurdas, ilógicas e ilegales que sean. Será el contendor, en la oportunidad pertinente, ya incoada la litis, quien se hará cargo de aquello con la pérdida de tiempo y esfuerzos que podrían haberse omitido con mayores atribuciones del juez.

Se atenúan los inconvenientes anotados en los juicios sometidos al procedimiento ejecutivo, pues en ellos el juez puede repeler de propia iniciativa la tramitación del libelo si no se cumplen las condiciones legales propias del título pertinente y en general la exigibilidad y vigencia de la obligación cuyo cumplimiento se pretende. Así lo autorizan los artículos 441 y 442 del Código de Procedimiento Civil. Conviene recordar que el artículo 523 permite al magistrado no dar curso a la tercería de dominio si no contiene todas las enunciaciones que indica el artículo 254, facultad más amplia que la vista para la demanda en el procedimiento ordinario.

Parecido a lo anterior, aunque con mayor grado, sucede en materia incidental, es decir en aquellas controversias accesorias que se pretende introducir en torno al juicio mismo. En efecto, los artículos 84, 85 y 86 del cuerpo legal

Artículo: La pasividad del juez en el proceso civil. ¿Mito o realidad?
Revista: Nº199, año LXIV (En-Jun, 1996)
Autor: Julio Salas Vivaldi

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

mencionado facultan al magistrado para repeler de plano incidencias promovidas extemporáneamente o que no tengan conexión alguna con el asunto materia de la litis. Asimismo, dentro de los límites legales, podrá fijar el monto de la consignación necesaria para deducir nuevas incidencias al litigante que ya ha perdido dos o más.

Como puede apreciarse, salvo las excepciones escasas anotadas, el principio de la pasividad aparece claro y vigente si se aprecian las menguadas atribuciones del juez nacional frente al inicio del juicio, del que aparece como un mero espectador.

b) EL IMPULSO PROCESAL

Se dice que es propio de las partes y no de oficio. Son ellas, se enseña en la cátedra y en la doctrina, quienes realizan los actos que hacen progresar el procedimiento.

Sin embargo, si examinamos las sucesivas reformas que paulatinamente se han introducido en el ámbito procesal nos encontraremos con más de una sorpresa en este campo. Efectivamente, los autores imputan la disponibilidad del impulso procesal a las partes y no al juez fundamentalmente por el carácter no fatal o no perentorio de los plazos, que sólo hacen caducar el derecho que en él debió ejercerse mediante la actividad del contendor a través del respectivo "acuse de rebeldía". Mientras no se produzca, el proceso permanece estático frente a la impotencia del juez para promover su curso: carece del impulso necesario para ello, sí pasividad.

No es ésta la actual realidad nacional, a lo menos en la letra de la ley. En efecto, la Ley 18.882, de 20 de diciembre de 1988, modificó el artículo 64 del Código de Procedimiento Civil y enfáticamente dispone: "Los plazos que señala este Código son fatales cualquiera que sea la forma en que se exprese, salvo aquéllos establecidos para la realización de actuaciones propias del tribunal".

En consecuencia, feneció la disponibilidad sólo de las partes en el curso progresivo del proceso. No es necesario su "acuse de rebeldía" para extinguir el derecho correspondiente, sucede por mandato de la ley, y así lo dice el precepto aludido: "En consecuencia la posibilidad de ejercer un derecho o la oportunidad para ejecutar el acto se extingue al vencimiento del plazo".

Producido lo anterior por mandato legal, surge el juez al disponer el precepto transcrito: "En estos casos el tribunal de oficio o a petición de parte, proveerá lo que convenga para la prosecución del juicio, sin necesidad de certificado previo".

Si lo anterior fuere poco, aun respecto de los plazos no fatales o no perentorios -los de índole judicial- el magistrado debe promover de oficio el curso del proceso. Así lo dice el actual artículo 78 del Código de Procedimiento Civil después de la modificación de la Ley 18.705, de 24 de mayo de 1988: "Vencido un plazo judicial para la realización de un acto procesal sin que éste se haya practicado por la parte respectiva, el tribunal, de oficio o a petición de parte, declara evacuado dicho trámite en su rebeldía y proveerá lo que convenga para la prosecución del juicio, sin certificado previo del secretario".

Creemos que basta con lo dicho para constatar -en la letra de la ley- que,

Artículo: La pasividad del juez en el proceso civil. ¿Mito o realidad?
Revista: Nº199, año LXIV (En-Jun, 1996)
Autor: Julio Salas Vivaldi

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

en cuanto al impulso procesal se trata, el principio de la pasividad del tribunal o disposición de las partes, no tiene la vigencia de antes. El juez actúa en este campo en gloria y majestad.

Refuerza lo dicho la circunstancia que, además, la propia ley obliga al juez a dar curso al proceso respecto de determinados trámites del mismo con independencia del transcurso de plazos. Así sucede, por ejemplo, con la recepción de la causa a prueba, la citación para oír sentencia, etc., a las que más adelante nos referiremos.

Sin embargo, hay un serio obstáculo para conseguir lo dicho. En nuestro sistema procesal se requiere que algunas resoluciones se notifiquen mediante la intervención de un ministro de fe, el receptor, que actúa previo pago de honorarios por la parte que requiere sus servicios. Así sucede con la propia demanda que debe ponerse en conocimiento del demandado personalmente; con la resolución que recibe a prueba la causa, con la que requiere la concurrencia al tribunal de las partes, con la sentencia definitiva, etc., que lo serán por cédula.

Pues bien, mientras el interesado no requiera los servicios del receptor el proceso permanecerá inactivo. Nada puede hacer el juez, lo que evidentemente vuelve en este aspecto a quedar el impulso procesal de manos de las partes y ajeno a aquél.

c) LA CORRECCION DEL PROCEDIMIENTO

La actividad oficiosa del juez en el proceso civil no sólo se manifiesta, como se dijo, en compartir con las partes el impulso del curso del proceso. También se advierte en velar por la regularidad del procedimiento empleado, esto es que se ajuste a los cánones legales. Demostrémoslo.

Al igual que en Derecho Civil, en el Derecho Procesal existe una institución destinada a restar eficacia a aquellos actos, diligencias y actuaciones del proceso en cuya ejecución se han omitido ciertos requisitos señalados por la ley.

Sabemos que el proceso se compone de un conjunto de actos sucesivos que descansan unos en otros y que permiten la sustanciación del juicio, dando oportunidad a las partes para plantear y demostrar sus pretensiones y al juez para determinar la legalidad de las mismas.

Este conjunto de actos y actuaciones que forman el proceso, sea que los ejecuten las partes o el juez, están regidos por normas legales que constituyen el procedimiento. La conveniencia social indica que para que el proceso sea un auténtico instrumento destinado a pedir, lograr y hacer justicia es imprescindible que los actos y actuaciones que lo integran se realicen de la manera como lo determina la ley. Si así no ocurre, los actos resultan viciados y el proceso que los contiene no será el medio adecuado para llegar a una justa decisión del juicio.

Los actos viciados, entonces, en general, no pueden ni deben producir los efectos que la ley le asigna a uno de la misma naturaleza ejecutado normalmente. Habrá que restarles valor, dejarlos sin efecto, destruirlos y ello se consigue mediante la nulidad procesal.

Artículo: La pasividad del juez en el proceso civil. ¿Mito o realidad?
Revista: Nº199, año LXIV (En-Jun, 1996)
Autor: Julio Salas Vivaldi

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Podemos definir la nulidad procesal como la sanción mediante la cual se priva a un acto o actuación del proceso o a todo él de sus efectos normales previstos por la ley cuando en su ejecución no se han guardado las formas prescritas por aquélla.

Su finalidad, entonces, es restarle valor a la actuación viciada, destruirla, tenerla como no sucedida, ya que no constituye el medio idóneo destinado a cumplir el fin para la que fue prevista por el legislador.

Su fundamento no es otro que proteger el ordenamiento jurídico que rige el proceso, lograr el respeto de las normas procesales y ello no sólo interesa a los litigantes perjudicados con la irregularidad del acto, sino también a la sociedad toda que descansa y está estructurada por este ordenamiento jurídico que ella misma se ha dado.

La nulidad procesal, como la civil, no produce efectos de pleno derecho. Debe ser declarada por el juez y mientras ello no ocurra, al acto irregularmente ejecutado se le atribuirán todos los efectos señalados por la ley y queda saneado definitivamente una vez terminado el pleito.

Ello quiere decir que siempre debe mediar una decisión judicial de nulidad, provocada por las partes la mayoría de las veces, o de propia iniciativa del tribunal en otras. Mientras ello no ocurra, al acto irregular se le asignarán todos los efectos normales previstos en la ley.

Preocupémonos de la atribución oficiosa del tribunal para declarar la ineficacia de un acto del proceso. Para ello debemos hacer algo de historia.

Hasta antes de la Ley Nº 18.705, promulgada el 24 de mayo de 1988, esta facultad aparecía difusamente establecida en el Código de Procedimiento Civil.

En efecto, en el inciso 3º, hoy 4º del artículo 84, se establecía: "El juez podrá corregir de oficio los errores que observe en la tramitación del proceso. Podrá asimismo tomar las medidas que tiendan a evitar la nulidad de los actos de procedimiento. No podrá, sin embargo, subsanar las actuaciones viciadas en razón de haberse realizado éstas fuera del plazo fatal indicado por la ley".

Es evidente, se decía, que la forma principal como el magistrado puede corregir por propia iniciativa los actos del proceso es decretando su ineficacia si se han ejecutado de un modo anormal, evitando así la realización de otros posteriores, que tampoco tendrán valor debido al efecto extensivo de la nulidad procesal.

No obstante lo amplio de los términos empleados por el legislador, la doctrina y la jurisprudencia limitaron la facultad invalidante del tribunal a determinados actos del proceso, quedando otros al margen de su actividad oficiosa de nulidad.

En efecto, se estimó que la referida atribución sólo incidía respecto de aquellas actuaciones del proceso que miran al orden público o el interés social y que el Estado está obligado a cautelar y proteger a través del juez.

Y, ¿cuáles son estos actos? Aquellos esenciales del proceso, vale decir los presupuestos indispensables para que éste sea un medio idóneo para resolver los juicios.

Artículo: La pasividad del juez en el proceso civil. ¿Mito o realidad?
Revista: Nº199, año LXIV (En-Jun, 1996)
Autor: Julio Salas Vivaldi

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

En otros términos, los que le sirven de base, que lo estructuran, que no sólo interesan a los litigantes, sino además a la sociedad, puesto que son indispensables en la acción del Estado en su misión pública de administrar justicia.

Interesando estos actos del proceso a la sociedad y al orden público, el juez, se estimó de oficio, podía declarar su nulidad cuando se han ejecutado imperfectamente. Pertenecen a esta categoría los actos relacionados con la competencia absoluta del tribunal, la capacidad de las partes, la notificación válida de la demanda, el emplazamiento, etc., siempre, naturalmente, cuando las irregularidades consten fehacientemente en el proceso.

En lo que respecta a los demás actos, están establecidos en beneficio de los intereses individuales de los litigantes y solamente miran a su defensa, de manera que si se ejecutan en forma incorrecta, los efectos que de ello se originen menoscabarán únicamente sus derechos particulares sin comprometer el orden social. Su nulidad sólo puede ser declarada a requerimiento del perjudicado, quedando ello fuera de la órbita oficiosa del tribunal, que no puede transformarse en cautelador del uso que las partes mismas hagan de cada acto que atañe a sus propias defensas. Son los trámites no esenciales del proceso, como por ejemplo, la réplica, dúplica, algunas publicaciones, etc.

Tal era la situación existente hasta antes de la vigencia de la Ley Nº 18.705. Sus redactores quisieron consagrarla de manera expresa en el Código. Lo hicieron en el inciso primero del artículo 83.

Estatuye este precepto que "la nulidad procesal podrá ser declarada, de oficio o a petición de parte...". En esta forma se quiso dejar constancia con manifiesta claridad de algo que nadie puso jamás en duda, ya que -como se dijo- nunca se discutió que al facultar el Código, en el anterior inciso 3º del artículo 84, al juez para "corregir de oficio los errores que observe en la tramitación del proceso", le estaba permitiendo anular de propia iniciativa los actos en que incidan tales errores de procedimiento.

Agrega el artículo que nos preocupa, después de consagrar literalmente la actividad anulatoria y oficiosa del tribunal, que ella debe ejercerse "en los casos que la ley expresamente lo disponga y en todos aquellos en que existe un vicio que irrogue a algunas de las partes un perjuicio reparable sólo con la declaración de nulidad".

Del tenor literal del precepto aparece que basta la existencia de un perjuicio a alguna de las partes reparable sólo con la ineficacia del acto viciado, para que el juez pudiere declarar su nulidad, sin necesitarse, además, que él fuere de aquéllos esenciales para la estructura del proceso. Dicho de otra manera, no sería necesario que la irregularidad que le afecta menoscabara a la sociedad para que el juez, protegiéndola, declarara la nulidad del acto, bastando para hacerlo el perjuicio particular a uno de los litigantes.

La interpretación anterior, si bien concuerda con el tenor literal de la disposición comentada, parece contrariar el espíritu que fluye del contexto del Código. Y éste no es otro que entregar a las partes la defensa de sus derechos exclusivos, encargando al juez sólo la protección de aquellos que interesan, ade-

Artículo: La pasividad del juez en el proceso civil. ¿Mito o realidad?
Revista: Nº199, año LXIV (En-Jun, 1996)
Autor: Julio Salas Vivaldi

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

más, a la sociedad y al orden público, lo que sucede -en lo que interesa- con la pureza y corrección de los actos esenciales del proceso y no con los que miran a la particular conveniencia de los litigantes.

Ya hay pronunciamientos de los tribunales en el sentido anotado, reiterando el criterio restrictivo de la reforma en cuanto a que los actos no esenciales del proceso, es decir los que resguardan únicamente el interés privado, escapan de las funciones correccionales del tribunal.

Este criterio coincide con el del legislador manifestado a propósito de facultad de casar en la forma de oficio sentencias judiciales.

En efecto, tal atribución establecida en el artículo 775 del Código de Procedimiento Civil para invalidar de propia iniciativa sentencias sólo es posible ejercerla ante determinadas anomalías procedimentales y no otras y si observamos aquéllas constataremos que inciden en trámites indispensables para un debido proceso.

De más está decir que la casación formal de oficio es otra demostración elocuente de las atribuciones de tal carácter de los jueces, en este caso de los tribunales superiores respecto de decisiones de inferiores de su dependencia.

d) LOS HECHOS DEL PROCESO Y SU PRUEBA

La doctrina en el ámbito del proceso civil enseña que el juez sólo debe dar por conocidos los hechos alegados y probados por las partes.

Veamos si ello ocurre en el sistema procesal chileno. En cuanto a la configuración de los hechos soportantes de las pretensiones de los litigantes, el legislador es determinante en la veracidad de esta afirmación doctrinaria.

Efectivamente, al señalar los requisitos de la demanda y de la contestación exige, respectivamente, en los artículos 254 y 309 del Código de Procedimiento Civil, expresarse en ellas "la exposición clara de los hechos" en que se fundan las respectivas pretensiones y defensas.

Sin embargo, consciente el legislador de los excesos en que puede incurrirse derivados de las ansias competitivas de los litigantes, pone de manos del tribunal una labor ordenatoria y selectiva que debe ejercer de oficio. Ella está estatuida en el artículo 318 del cuerpo legal citado. Se le obliga, una vez transcurrida la etapa de la discusión, a examinar por sí mismo los autos y si estima que hay o puede haber controversia sobre algún hecho importante y pertinente en el juicio, recibir la causa a prueba y fijar aquéllos "substanciales controvertidos sobre los cuales deberá recaer", para la cual dictará la correspondiente resolución". Dicho de otra manera, es el magistrado oficiosamente el que canaliza los ímpetus probatorios de las partes seleccionando las materias sobre las que debe ella agotarse.

En cuanto, ahora, a la operación de probar tales hechos, vuelve la actividad de los litigantes, utilizando los medios que la ley les proporciona en un sistema, como el nuestro, en que priman los principios de la prueba tasada o legal.

Minuciosa es la ley sobre el particular. Enmarca la función probatoria de las partes sólo a aquellos medios que ella dispone, los que deben producirse conforme a sus cánones y plazos.

Artículo: La pasividad del juez en el proceso civil. ¿Mito o realidad?
Revista: Nº199, año LXIV (En-Jun, 1996)
Autor: Julio Salas Vivaldi

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Sin embargo, en este árido panorama, mirado desde el punto de vista del juez, surge una luz. El instrumento que la produce son las "medidas para mejor resolver" ordenadas por éste sin intervención de las partes.

Contempla la legislación nacional tal institución, pero -digámoslo desde ya- limitadamente en su oportunidad y medios en el artículo 159 del Código de Procedimiento Civil.

En cuanto a la oportunidad, sólo podrá llevarse a efecto esta actividad oficiosa una vez concluida la labor de las partes, esto es cuando el proceso está en etapa de decisión. Sólo ahora surge la iniciativa oficial.

Pero esta labor está también constreñida por los medios probatorios de que podrá valerse oficiosamente el juez. Sólo aquellos que menciona la disposición señalada y que son los mismos de que pudieron apoyarse las partes, pero restringidamente. Tal es así, por ejemplo, que respecto de la testimonial sólo podrá provocar la declaración de personas que ya han depuesto por iniciativa de parte y para aclarar o explicar sus dichos obscuros o contradictorios. En cuanto la confesión, ella sólo podrá recaer sobre hechos que no resulten probados, etc.

Además, las medidas de esta clase deben llevarse a efecto dentro del plazo de veinte días bajo sanción de tenerse por no decretadas por el solo ministerio de la ley.

Es conveniente recordar que el artículo 431 habilita al juez para hacer suya una prueba solicitada oportunamente por alguna de las partes y que no pudo llevarse a efecto dentro de la oportunidad correspondiente, siempre que la estime estrictamente necesaria para la acertada resolución de la causa demostrada en resolución fundada. Si así fuere, la hará suya con las limitaciones ya relatadas para las medidas para mejor resolver.

Finalmente, el artículo 159 estatuye que si la práctica de algunas de estas últimas -las medidas para mejor resolver- provoca la necesidad de esclarecer nuevos hechos indispensables para una adecuada decisión, el tribunal podrá abrir un término especial de prueba limitado a los puntos que él designe. Sólo hasta aquí llega su atribución oficiosa, pues serán las partes las que provocarán las probanzas que estimen conducentes a tal finalidad.

En cuanto a la valoración de la prueba, cualquiera que sea su origen, se dice que la legislación nacional adopta el sistema de la prueba tasada, es decir el tribunal sólo podrá valerse de los medios y atribuirle el valor que la ley disponga y señale.

Nos parece exagerada esta apreciación, pues, si bien observamos, se conceden al juez en esta materia algunas licencias que, en cierta medida, lo liberan de la opresión legislativa.

Así sucede, por ejemplo, respecto de la prueba testimonial, ya que ante dichos contradictorios preferirá aquellos que, en su concepto, emanen de personas que, aun siendo de menos número, le parecen -al juez- que dicen la verdad o sea de mejor fama, más imparciales.

Algo parecido sucede con la inspección personal, la que constituirá plena prueba respecto de las circunstancias o hechos materiales que "el tribunal observe".

Artículo: La pasividad del juez en el proceso civil. ¿Mito o realidad?
Revista: Nº199, año LXIV (En-Jun, 1996)
Autor: Julio Salas Vivaldi

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

El informe de perito será apreciado, dice el artículo 425, en conformidad "a las reglas de la sana crítica". Y qué decir de las presunciones, las que pueden constituir plena prueba cuando, "a juicio del tribunal", tengan caracteres de "gravedad y precisión suficientes para formar su convencimiento", aun cuando sea una sola.

Finalmente, en la apreciación comparativa de los medios de prueba - nos dice el artículo 428- el juez preferirá "la que crea más conforme con la verdad", a falta de ley que resuelva el conflicto.

Todo lo dicho resulta aún superado, en cuanto a la posición del juez frente a la apreciación de los hechos de la causa, en algunos procedimientos especiales, como, por ejemplo, los laborales, de menores, arrendamiento, etc., en los que derechamente se implanta el sistema probatorio de la sana crítica, a veces llamado escuetamente "en consecuencia". En los actos judiciales no contenciosos la prudencia del juez es el elemento determinante en esta importante labor jurídica, conforme al artículo 819 también del Código de Procedimiento Civil.

e) EL JUEZ Y LA DECISION DEL JUICIO

En doctrina se menciona como "límites de la decisión" o "congruencia" a la obligación del tribunal de someter los términos de la sentencia a lo pedido por las partes. Dicho de otra manera, no puede fallar más que las acciones y excepciones deducidas por éstas ni omitir pronunciamiento respecto de ellas. La sentencia, por tanto, queda sometida en su contenido a las peticiones de los litigantes.

La legislación nacional respeta este principio. En efecto, la sentencia definitiva, conforme al artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, debe, primero, dejar constancia de las peticiones o acciones deducidas por el demandante y de sus fundamentos e igual enunciación de las excepciones alegadas por el demandado. Precisado lo anterior, continúa prescribiendo esta disposición, el juez consignará la decisión del asunto controvertido. Luego explica el contenido de ésta: todas las acciones y excepciones que se hayan hecho valer en el juicio. Complementando esta idea el artículo 160 ya había expresado que 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.

Como puede apreciarse, se percibe una marcada supremacía de estas últimas sobre el juez. Quizás, como manera de atenuarla, se permite a éste omitir la resolución de aquellas acciones o excepciones incompatibles con las aceptadas, lo que ocurre con las opuestas por los litigantes en carácter de subsidiarias de otras principales acogidas. Atenuante también lo constituye la atribución excepcional de declarar la nulidad absoluta de un acto, facultad que le concede el Derecho Civil.

Si se infringiere los límites que enmarcan la función sentenciadora del juez, su fallo podrá ser objeto de invalidación mediante el recurso de casación en la forma, pues se ha incurrido en la causal consignada en el numerando 4º del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil: "Haber sido dada ultrapetita, esto es otorgado más de lo pedido por las partes, o extendiéndolas a puntos no so-

Artículo: La pasividad del juez en el proceso civil. ¿Mito o realidad?
Revista: Nº199, año LXIV (En-Jun, 1996)
Autor: Julio Salas Vivaldi

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

metidos a la decisión del tribunal", sin perjuicio de las atribuciones invalidantes oficiosas del tribunal superior.

f) PROMOCION DE LA SEGUNDA INSTANCIA

La revisión de la sentencia por el tribunal superior, vía apelación, requiere también de la iniciativa de parte, estándole prohibido hacerlo oficiosamente.

Vuelve nuevamente a manifestarse en este aspecto la pasividad comentada. Quien pretenda una segunda instancia de conocimiento y resolución del asunto por el tribunal superior deberá utilizar los mecanismos pertinentes, entre los que no está la iniciativa oficial.

Sin embargo, sí se advierte la actividad del juez en el control formal de la interposición del recurso de apelación, vía provocativa de la segunda instancia. En efecto, el artículo 201 del Código de Procedimiento Civil obliga al juez de primera instancia a revisar si al promover este recurso se cumplen los requisitos del tipo señalado, pudiendo declararlo de oficio inadmisible. Igual atribución tiene el respectivo tribunal superior destinatario del recurso, pudiendo incluso declararlo desierto.

En cuanto a la competencia de este último tribunal, queda ella también limitada a las cuestiones ventiladas en primera instancia y allí resueltas, pudiendo incluso la parte agraviada limitar tal atribución sólo a determinados agravios, consistiendo en los demás, que quedarán inamovibles.

En cuanto a la actividad probatoria del tribunal superior, sólo puede dictar medidas para mejor resolver con las mismas restricciones ya analizadas respecto del juez de primera instancia.

Muy excepcionalmente la promoción de la segunda instancia en el ámbito civil lo es por el solo ministerio de la ley, no del juez que se limita a cumplir su mandato. Sucede con el trámite denominado consulta, que sólo opera respecto de las sentencias pronunciadas en los juicios de hacienda desfavorables al interés fiscal y de que no se apele, como asimismo de las que den lugar a la nulidad del matrimonio o al divorcio perpetuo.

Finalmente, surge la actividad oficial en el caso de la casación de oficio que habilita al tribunal superior para invalidar una sentencia del inferior si se ha incurrido en alguna de las causales legales que habrían habilitado a las partes deducir el correspondiente recurso de casación formal, o éste ha sido desestimado por motivos procedimentales.

Igualmente, la Corte Suprema puede invalidar de oficio una sentencia pronunciada por una Corte de Apelaciones o tribunal arbitral de derecho si el recurso de casación en el fondo deducido por la parte es declarado inadmisible por defectos formales.

g) EJECUCION DE LA SENTENCIA

Sabemos que la función jurisdiccional no se agota en el conocimiento y la decisión del juicio. También comprende el cumplimiento de lo resuelto. Así lo consignan los artículos 73 de la Constitución Política de la República y 1º del Código Orgánico de Tribunales.

No obstante los claros preceptos señalados, en materia civil se requiere

Artículo: La pasividad del juez en el proceso civil. ¿Mito o realidad?
Revista: Nº199, año LXIV (En-Jun, 1996)
Autor: Julio Salas Vivaldi

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

la actividad de la parte vencedora para poner en movimiento el mecanismo de la acción de cosa juzgada. La actividad del juez no es permitida para tal fin.

Efectivamente, los diversos mecanismos legales establecidos para lograr la ejecución de las decisiones judiciales deben ser ejercitados por los litigantes. Ello se comprueba constatando que cada vez que el Código reglamenta los diversos sistemas de cumplimiento exige su requerimiento, como sucede, por ejemplo, en los artículos 233, 237, etc., que emplean, respectivamente, las frases "cuando se solicite la ejecución" o "cuyo cumplimiento se solicite". Igual criterio se advierte en la reglamentación del procedimiento ejecutivo cuando se exhibe como título una sentencia judicial. Allí el artículo 434 del Código de Procedimiento Civil emplea las expresiones "para reclamar su cumplimiento". Y para qué seguir.

Existe sí un aspecto relacionado con el cumplimiento de las resoluciones judiciales en que el respectivo tribunal tiene iniciativa que no requiere ser impulsada por los litigantes. Ella se manifiesta frente a la contravención de lo cumplido en la que por mandato del artículo 240 decretará "las medidas tendientes a dejar sin efecto todo lo que se haga en contravención a lo ejecutado".

h) TERMINO ANORMAL DEL JUICIO

Si bien las partes recurren al respectivo tribunal tras la decisión del litigio por el respectivo juez, existen otras maneras de ponerle término. Estas, por regla general, tienen origen en actos de los litigantes sin la intervención de aquél.

Así, por ejemplo, el demandante puede desistirse del libelo, celebrar transacción con el contendor, renunciar a determinados derechos, etc., determinaciones adoptadas con prescindencia del respectivo juez.

No obstante lo dicho, desde el año 1994 y con motivo de la Ley 19.334, se impuso al magistrado de primera instancia la obligación de llamar a las partes a conciliación y proponerles personalmente bases de arreglo. Tal función debe llevarla a efecto en una audiencia a que debe citarlas una vez agotados los trámites de discusión.

Este llamado procede, por regla general, cuando legalmente se permite la transacción, y de prosperar pondrá término al juicio total o parcialmente con la misma obligatoriedad de una sentencia ejecutoriada.

Además, en apoyo de su gestión conciliatoria, la que puede renovar en cualquier estado del proceso, el juez de oficio está facultado para agregar aquellos antecedentes y medios probatorios que estime pertinentes y conducentes al éxito de sus propósitos.

i) LA AUTORIDAD DE COSA JUZGADA

Sabemos que una vez firme o ejecutoriada una sentencia da lugar a la excepción de cosa juzgada, esto es impedir la posibilidad de volver a disentir y resolver en el proceso en que se dictó o en uno posterior la litis allí resuelta, siempre, naturalmente, que concurra la triple identidad de personas, cosa pedida y causa de pedir.

El fundamento de esta institución descansa en la seguridad jurídica y en la tranquilidad social, siempre amagada con la promoción de controversias jurídicas, por particulares que sean los derechos allí debatidos.

Artículo: La pasividad del juez en el proceso civil. ¿Mito o realidad?
Revista: Nº199, año LXIV (En-Jun, 1996)
Autor: Julio Salas Vivaldi

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

No obstante tan loable propósito, el juez está impedido de repeler la tramitación de un juicio reiterativo del anterior aun cuando no exista duda alguna acerca de la concurrencia de la triple identidad anotada y por tanto de la improcedencia de la pretensión alegada. Deberá dar curso a la respectiva demanda y esperar la actitud defensiva del contendor, la que no podrá suplir e incluso si no opone éste la correspondiente excepción de cosa juzgada, es posible dar lugar a la demanda, no obstante los propósitos de orden público y social de la institución que nos preocupa.

CONCLUSIONES

Creemos haber proporcionado al lector un somero panorama de la posición del juez ante el proceso civil.

Surge de inmediato la interrogante que motivó nuestros afanes: ¿Tiene cabal vigencia en ese sistema procedimental la pasividad del juez como parece estatuirlo el artículo 10 del Código Orgánico de Tribunales?

Creemos que la respuesta no puede ser absoluta, pues deberá precisarse previamente para formularla los diversos aspectos que el proceso comprende y que se han analizado precedentemente.

Nos atrevemos a afirmar que, en lo que al impulso procesal se refiere, el juez tiene hoy extenso campo de acción con motivo de la transformación en fatales de los plazos establecidos en el Código de Procedimiento Civil y especialmente en el mandato del artículo 64 que le obliga, de oficio, proveer lo que convenga para la persecución del juicio.

Igual afirmación podemos formular respecto de las atribuciones correctivas de los tribunales, tanto para declarar la nulidad de actos del proceso como para invalidar por medio de la casación formal las sentencias.

Similar atribución notamos en la aplicación misma del derecho enmarcado, sí, por los hechos aportados por las partes, reforzada por la facultad de la Corte Suprema de casar en el fondo las sentencias que infrinja la ley.

En materia de apreciación probatoria creemos haber demostrado que, si bien ella aparece configurada en el sistema de la prueba legal o tasada, tiene acentuada influencia la sana crítica del juez, permitiéndosele derechamente utilizarla en algunos procedimientos como el laboral, arrendamiento, actos judiciales no contenciosos, etc.

Tiene, sí, subordinación marcada el juez por las partes en el límite de lo discutido y en las peticiones por ellas formuladas, las que limitan su labor sentenciadora.

Todo lo dicho nos demuestra en el sistema procesal nacional una marcada aunque aún paulatina tendencia a ampliar las facultades del juez, dejando de ser un mero director del debate para transformarse en un activo partícipe en su curso, y corrección, a más de un justiciero decidor.

Como bien lo dice Enrique Vesconi: ya no se puede entender el proceso como "cosa de las partes", sino como un instrumento de alto sentido social. Invitamos a jueces y abogados así entenderlo.