

Análisis crítico sobre la inclusión del principio de buena fe procesal en el proyecto de código procesal civil chileno

Critical analysis of the inclusion of the principle of procedural good faith into the proposed chilean code on civil procedure

FRANCISCO ALBERTO RUAY SÁEZ¹

Universidad de Chile

RECEPCIÓN: 31/10/2013 • ACEPTACIÓN: 25/11/2013

RESUMEN La inclusión de la buena fe procesal como un principio formativo del proceso civil abre una serie de discusiones sobre el fin del proceso y su desarrollo. Implica necesariamente una posición ideológica sobre el alcance de los poderes del Estado. En este artículo el autor pretende mostrar que las consecuencias de su inclusión en nuestro procedimiento civil es nefasta, debido a que vulnera directamente derechos fundamentales como el derecho de defensa, e incluso vulnera el debido proceso, garantía fundamental en cualquier Estado democrático.

PALABRAS CLAVE Buena fe procesal, proceso, proceso civil, deber procesal.

ABSTRACT The inclusion of procedural good faith as a basic principle of civil process entails a number of discussions about the end of the process and its

1. Egresado de Derecho Universidad de Chile. Ayudante en Cátedra de Criminología y de la Cátedra de Derecho del Trabajo, Universidad de Chile. Santiago, Chile. Correo: fruay@ug.uchile.cl

development. It necessarily implies an ideological position on the scope of the State powers. In this article the author aims to show that the consequences of inclusion of this principle into the civil procedure is harmful, because it directly violates fundamental rights including the right to defense and, in addition, violates the fundamental guarantee of due process in any democratic State.

KEYWORDS *Procedural Good faith, process, civil process, procedural duty.*

Introducción

El proyecto de Código Procesal Civil presentado por el ejecutivo se encuadra en la serie de reformas procesales que se han desarrollado en el último tiempo (penal, familia, laboral) con un ánimo modernizante y de mejora del sistema judicial en general. En este conjunto de reformas se pueden encontrar una serie de nuevas instituciones, supuestamente creadas y tipificadas con la finalidad de otorgar una «mejor justicia» y debido respeto a la tutela judicial efectiva. Entre ellas, por ejemplo, se encuentra el novedoso procedimiento monitorio, o la facilidad probatoria que otorga la regla especial contenida en el art. 493 del Código del trabajo (en algunas ocasiones, mal asociado a las cargas probatorias dinámicas). Pero sin duda, y de lo que tratará este estudio, una de las más relevantes innovaciones es la mención expresa del «principio de buena fe procesal», incluida tanto en la reforma procesal laboral, como en el proyecto de Código Procesal Civil en tramitación.

Si bien la buena fe procesal es incluida en el actual proyecto de ley con la esperanza de propender a mejorar cualitativamente el desarrollo dialéctico del debate procesal, nos enfrentamos inmediatamente, en un primer acercamiento, al problema de su determinación conceptual. Al no existir una definición completa y acabada de dicho concepto efectuada por el legislador, y tampoco haber consenso doctrinario sobre su contenido y alcance, aparece como evidente que estamos tratando con un concepto jurídico indeterminado, cuyos elementos típicos no se encuentran establecidos en su totalidad en el texto normativo. He ahí la especial relevancia de toda investigación científica que pueda desarrollarse sobre el presente objeto de estudio. No es pacífica la determinación jurídica de dicho concepto, toda vez que el caminar en un determinado sentido hermenéutico puede implicar una vulneración al sistema de garantías,

al derecho a defensa y en especial, el respeto al debido proceso.

En la siguiente investigación se pretende contribuir argumentativamente a una posible comprensión del principio de buena fe procesal respetuosa del derecho a defensa y del debido proceso. A pesar de aquello, adelanto que la meta última será sostener la inconveniencia de su inclusión en un futuro Código Procesal Civil, al menos como norma potestativa abierta. Para lograr dicha tarea, en primer lugar plantearé los fundamentos doctrinarios desde el cual se abordará la problemática en torno a la determinación del concepto, para luego exponer cuáles han sido las posibles interpretaciones que se le ha dado, de manera abstracta, y finalmente terminar por analizar sus manifestaciones legales y una crítica a su incorporación en el proyecto citado.

Desde el garantismo procesal

Si bien éste no es espacio para profundizar sobre las diferentes formas de comprender los fines del proceso, ni la abismante diferencia doctrinaria entre «garantistas» y «publicistas» (en los términos contemporáneos de la discusión), baste señalar aquí las nociones básicas de su comprensión, con tal de que las conclusiones a las que llegaremos en este trabajo se colijan de coherente y lógica.

En primer lugar es preciso señalar que adherimos teóricamente a gran parte de los postulados de la doctrina «garantista» del Derecho Procesal y la Teoría General Unitaria del Proceso² formulada magistralmente por el profesor Omar Benabentos. En virtud de aquello nos sumamos a la convicción sobre que la finalidad central y única del proceso es la resolución de conflictos intersubjetivos mediante un ejercicio dialéctico argumentativo que enfrenta a los particulares interesados en un plano de igualdad. Por lo mismo, en ningún caso, el Proceso debe estar al servicio de la aplicación de políticas públicas, instrumentalizando a los particulares y al Proceso mismo, dejándolos sujetos al cumplimiento de un fin superior definido por el propio Estado; ni menos puede ser su objetivo el alcance de la *Verdad*³ o la *justicia*, en abstracto.

2. Una completa exposición sobre el alcance y fundamentos de esta postura doctrinaria en: BENABENTOS (2001) y BENABENTOS (1999)

3. Utopía abandonada hace muchos años ya en otras áreas de la ciencia y la filosofía, al menos en la forma en cómo la comprendió y anheló la filosofía moderna, hasta la aparición de Kant y Hegel, y la posterior irrupción de los postmodernos: esto es,

En palabras de Mirjan Damaska podremos señalar que nuestra comprensión del proceso como mecanismo de resolución de conflictos es compatible con la noción de Estado reactivo, en donde prima el modelo adversarial, en oposición al Estado activista, en el cual el proceso es instrumentalizado para la implementación de políticas públicas que trascienden el interés particular de las partes⁴.

En ese sentido, adherimos al profesor Alvarado Velloso cuando señala sobre el Proceso que «*sólo es un método pacífico de debate dialogal y argumentativo*»⁵, en donde «*la razón de ser del proceso es la erradicación de toda fuerza ilegítima dentro de una sociedad dada para mantener un estado perpetuo de paz*»⁶, o en una configuración más completa, que el proceso es un «*medio pacífico de debate* mediante el cual los antagonistas *dialogan* para lograr la solución -mediante resolución de la autoridad- de los conflictos intersubjetivos de intereses que mantienen y cuya razón de ser se halla en la necesidad de erradicar la fuerza ilegítima en una determinada sociedad para mantener en ella un estado de paz»⁷. En el mismo sentido el profesor Benabentos cuando afirma que «la cara «procesal» de un Estado de Derecho supone montar los mecanismos idóneos para preservar a los ciudadanos de la *arbitrariedad* del poder, de cualquier poder, en este caso del judicial»⁸ y que «[e]l proceso tiene una *doble misión*: a) satisfacer las pretensiones jurídicas que esgrimen los litigantes en la contienda, es decir atender al interés «privado» de los litigantes y b) suprimir el estado de conflicto, buscando la pacificación

como correspondencia entre una imagen mental interna y un objeto exterior ajeno e independiente. La filosofía postmoderna de Foucault, Derrida, Heidegger e incluso Nietzsche, hace años ya llevó al extremo los problemas dicotómicos del saber dividido entre empiristas y racionalistas, evidenciando las limitaciones mismas de la epistemología moderna, y su ontología supesta (si es que posible encontrar algo de ello). En la filosofía de las ciencias contemporáneas, desde el falsacionismo de Popper, se ha puesto en entredicho la posibilidad de alcanzar la verdad en sí, pasando a tomar un lugar preponderante el estudio de la práctica científica efectiva, antes que sus formas teóricas de operación (LAKATOS (1993), KUHN (2005), FEYERABEND (1986)).

4. DAMASKA (2000) p. 125 y ss.

5. ALVARADO (2010) p.63

6. Ibid. p.64

7. ALVARADO (2009) p. 37

8. BENABENTOS Op. Cit. p. 87

social por medios civilizados (interés público)»⁹.

En segundo lugar, compartimos la idea de que es posible abordar científicamente el estudio del Derecho Procesal de manera unificada, y es dicha vía la que rendirá mayores frutos doctrinarios. La riqueza de cualquier estudio procesal pasará por comenzar abarcando aquellos aspectos que sean comunes entre sus diversas ramas. Ello es posible puesto que comparten un tronco o raíz común, y cada una de las especificaciones no son más que raíces que se desarrollan desde aquél centro compartido, que es el objeto de estudio del Derecho Procesal (los conflictos intersubjetivos de relevancia jurídica)¹⁰.

Desde esta noción es posible afirmar que el Proceso se compone esencialmente sobre tres principios básicos y fundamentales en un sistema dispositivo¹¹: el principio de imparcialidad del juez (imparcialidad, independencia e imparcialidad en sentido estricto), igualdad de las partes, y el principio de la bilateralidad o el contradictorio.

En relación a la dificultosa definición del «*debido proceso*», el profesor Adolfo Alvarado Velloso señala que «resulta más fácil sostener que es aquel que se adecua plenamente a la idea lógica de proceso: dos sujetos que actúan como antagonistas en pie de perfecta igualdad en el instar ante la autoridad que es un tercero en la relación litigiosa (y, como tal, imparcial, imparial e independiente)»¹², antes que la realización de una enumeración sin fin de situaciones vulneratorias de dicho instituto.

Todo lo anterior no pasaría de ser una mera elucubración filosófica de no ser por los preceptos constitucionales que sostienen como eje central y definitorio de todo nuestro Ordenamiento Jurídico, la primacía de la persona hu-

9. Ibid. p. 42

10. Cabe señalar en todo caso que el Derecho Procesal Penal en nuestro ordenamiento jurídico requiere de un estudio particular, pues en esta dimensión el Estado no sólo actúa ejerciendo la función jurisdiccional, como tercero imparcial representado en un tribunal de justicia, sino que también como ente persecutor, investigador y acusador, a través del Ministerio Público, por lo que esta configuración funcional-orgánica del Estado clama por una investigación propia, aunque no del todo alejada de las observaciones que se hacen al ejercicio de la función jurisdiccional del Estado en general.

11. Omar Benabentos agrega en referencia al propio Alvarado Velloso: a) la igualdad entre las partes, b) la imparcialidad del juzgador, c) la eficacia del método de debate, d) la transitoriedad de la serie y e) la moralidad en el debate». Ibid. p. 126.

12. ALVARADO (2010) p. 83.

mana (individual), y una concepción del Estado al servicio de la misma, y no en sentido contrario. También los instrumentos internacionales ratificados por Chile, avalan una postura coherente con el garantismo procesal y la posición natural de las partes ante el juez, definida por ésta doctrina, propia de los reales progresos logrados en materia penal especialmente, pero que por lógica han de tener su manifestación en las otras ramas específicas del Derecho Procesal¹³.

Hacia la determinación de lo indeterminable

El principio de buena fe procesal

La noción de Principio jurídico, en general, ha dado lugar a vastas discusiones teóricas, y contemporáneamente, ha significado una vía de escape a la rigidez hermenéutica que asentaba el positivismo jurídico. En especial, ha sido útil una nueva y abierta comprensión de los mismos en relación con la Teoría de los Derechos Fundamentales. En ese sentido, Ronald Dworkin¹⁴, como primera figura teórica plasma un concepto fuerte de derecho, que dotará a los principios de una posición mejorada en la teoría de la argumentación jurídica, dejando atrás supuestamente, las concepciones formalistas del Derecho, y distinguiéndolos analíticamente de las reglas, para analizar por separado la naturaleza de cada una de estas formas de presentación de la norma jurídica. Esta tarea es desarrollada con más profusa extensión en líneas escritas por Robert Alexy, en su Teoría de los derechos fundamentales, y su noción de principio como «mandatos de optimización» o normas *prima facie*¹⁵.

13. Art. 1° inc. 1° CPR, Art. 5° inc 2° CPR, Art. 7° CPR, Art. 19. N°3 CPR en la Constitución, y en la Declaración de Derechos Humanos de las Naciones Unidas art. 10: «Toda persona tiene el derecho a ser oída en *plena igualdad*, públicamente y con justicia por un tribunal independiente para la determinación de sus derechos y obligaciones...»; y también el Pacto de San José de Costa Rica en su art. 8° inc 1° «Garantías Judiciales: Toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de plazo razonable por un Juez o Tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la substanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter...»

14. DWORKIN (1989)

15. ALEXY (1993)

Sin embargo, la proliferación de estas nuevas teorías denominadas «neoconstitucionalistas» no es aceptada de manera pacífica por parte de la doctrina, tanto por las consecuencias negativas que acarrea consigo la aplicación directa de la Constitución, como por la inseguridad jurídica que instalan en el centro del ordenamiento, abriendo amplios espacios de discrecionalidad (y eventual arbitrariedad) judicial en la determinación de las esferas de libertad de los particulares¹⁶.

Por nuestra parte, en el presente trabajo comprenderemos por principios procesales «las grandes directrices que expresa o implícitamente brinda el legislador para que el método de enjuiciamiento pueda operar eficazmente de acuerdo con la orientación filosófico-política de quién ejerce el poder en un tiempo y lugar determinado»¹⁷. De esta manera, fundamentalmente comprendemos por la expresión principios, más allá de la noción etimológica símil a comienzo o inicio, al conjunto de directrices y lineamientos que irradian a todas y cada una de las normas jurídicas e instituciones que componen una determinada rama del derecho, definiendo su finalidad y espíritu, orientando la comprensión hermenéutica de cada una de ellas y fundándolas, de manera simultánea. EN palabras de Enrique Alcalde los principios se nos muestran como «el torrente sanguíneo que recorre las arterias de las diversas instituciones que integran el Derecho, insuflándoles vida y sentido; de modo que sin ellos, estas últimas quedan irremediabilmente condenadas a la atrofia y descomposición»¹⁸.

La discusión sobre la existencia de un principio de buena fe procesal, como principio informador del Proceso (en general, sin entrar aún al estudio de algún Sistema jurídico nacional particular), es relativamente reciente¹⁹. Montero Aroca señala que recién en éstos últimos veinte años se empieza a hacer refe-

16. Al respecto, para un análisis crítico de éstas teorías consultar: ALDUNATE (2010); GARCIA (2007); MORESO (2007); RUAY (2011).

17. ALVARADO (2011) p. 187.

18. ALCALDE (2003) p.52.

19. «Ni en el *Liberiudiciorum*, ni en Las Partidas, ni en la Nueva, ni en la Novísima Recopilación, esto es, en ninguno de los más importantes cuerpos legales que van desde el año 654 con Recesvinto hasta el año 1805 con Carlos IV y Reguera Valdelomar, se encuentra norma alguna que contenga una regla legal del proceso, de cualquier proceso, que asuma ese pretendido principio de la buena fe procesal» MONTERO (2006) p. 294 y ss.

rencia explícita a la buena fe procesal, y se intensifica el estudio doctrinario sobre dicho concepto. Para otros, como Joan Picó i Junoy, puede ubicarse en España la primera formulación doctrinaria del principio de buena fe procesal en el siglo XVI, en plena época de apogeo de tráfico mercantil, y a propósito precisamente de la celeridad con que los conflictos que debían resolverse²⁰. Todos los acercamientos realizados hasta hoy, si bien no siempre hicieron referencia directa a la «buena fe procesal», sí analizan alguna de sus manifestaciones o derivaciones, como los deberes de veracidad e integridad, o plenitud, por ejemplo.

En Chile el principio de buena fe procesal adquiere un sitio importante en la discusión doctrinaria recién el último decenio, y a propósito de las reformas procesales que se han ido implementando paulatinamente²¹. Autores de renombre, como Eugenio Benítez²², Cristián Maturana²³, Raúl Núñez²⁴, y

20. PICÓ I JUNOY. Disponible en: <http://www.justiciayderecho.org/revista4/articulos/EL%20PRINCIPIO%20DE%20LA%20BUENA%20FE%20PROCESAL%20Joan%20Pico%20i%20Junoi.pdf>. [Fecha de consulta: 02 de Septiembre 2013] p. 14 y ss.

21. A propósito de su inclusión en el art. 5° del proyecto de Código de Procedimiento Civil enviado en Marzo de 2012 por el Ejecutivo: «Art. 5°. Buena fe procesal. Las partes, sus apoderados y todos quienes intervengan en el proceso deberán actuar de buena fe. El tribunal, de oficio o a petición de parte, deberá prevenir, corregir y sancionar, según corresponda, toda acción u omisión que importe un fraude o abuso procesal, colusión,

contravención de actos propios o cualquiera otra conducta ilícita, dilatoria o de cualquier otro modo contraria a la buena fe.». O en el Art. 430 del Código del Trabajo que indica: «Los actos procesales deberán ejecutarse de buena fe, facultándose al tribunal para adoptar las medidas necesarias para impedir el fraude, la colusión, el abuso del derecho y las actuaciones dilatorias». No solo en aquellos reductos, sino que también a propósito de la creación del nuevo Código de Ética aprobado por el Colegio de Abogados A.G., tal como consta en las discusiones llevadas por la comisión de Ética.

22. «[e]s deber el establecimiento expreso de tales principios en el Código Procesal Civil» BENÍTEZ (2007) p. 593.

23. «también debemos concebir para el desarrollo del proceso el respeto del principio de la probidad, por ser una institución de buena fe que no deben utilizar las partes con fines fraudulentos o abusivos[...]» MATURANA (2005) p. 13

24. «[e]l deber de actuar con buena fe de las partes. De acuerdo a este principio, las partes deben formular sus declaraciones sobre las circunstancias fácticas íntegramente

Diego Palomo²⁵ se pronuncian a favor de su inclusión en la reforma procesal civil. Sin embargo, en todos los casos las referencias se realizan sin mayor profundización teórica, bastando al parecer para su total justificación tan solo su contenido moralizante. Recientemente se han publicado artículos que se dedican por entero al estudio del principio mencionado. Felipe Gorigoitia²⁶, a propósito del procedimiento civil, tanto el vigente como el que fue en su tiempo el Anteproyecto; Paulo Otárola en el ámbito procesal laboral con: «Principios formativos del proceso y el rol del juez en el proceso laboral chileno»²⁷. Ya mucho más específicos, son los ensayos escritos por María Larroucau²⁸ y Pablo Cifuentes²⁹, que se lanzan específicamente al estudio del principio en la esfera del derecho procesal laboral; y obviamente los aportes realizados previamente en el área civil por Iván Hunter³⁰ y Francesco Carreta³¹. Tal vez quienes más han ahondado contemporáneamente en desentrañar los alcances del principio de buena fe procesal, pero como representantes de la doctrina extranjera, son Montero Aroca, y Joan Picó i Junoy, ya mencionados más arriba.

Joan Picó i Junoy, Juan Montero Aroca, Pablo Cifuentes, Claudio Palavecino³², entre otros, han entregado cada uno, un concepto más o menos abierto sobre lo que sería el principio de buena fe procesal, lo que ha permitido incluso

y de acuerdo a la realidad de los hechos» NÚÑEZ (2011) p. 181

25. «Se recoge también el principio de buena fe procesal estableciéndose que las partes, los terceros y en general todos quienes deben acudir ante los tribunales deben ajustar su conducta a la dignidad de la Justicia, al respeto de los derechos fundamentales de la persona humana y a la lealtad y la buena fe procesal [...]el propósito que se persigue al consagrar este principio de buena fe procesal es digno de reconocerse» PALOMO. Disponible en: http://www.institutoderechoprocesal.org/upload/biblio/contenidos/PONENCIA_SEMINARIO_PROF.T. DIEGO PALOMO V. .pdf. [Fecha de consulta: 26 Agosto 2013] p. 6.

26. GORIGOITÍA (2008) p. 133.

27. OTAROLA (2008). Disponible en: <www.derecho-trabajo.cl/Ponencias/PAULO%20OTAROLA.doc>. [Fecha de consulta: 26 de Agosto de 2013] p. 23 - 42.

28. LARROUCAU (2010) p. 67 - 81.

29. CIFUENTES (2011) p. 91 - 108.

30. HUNTER (2008) p. 151 y ss.

31. CARRETTA (2008) p. 105 y ss.

32. «[u]n principio conforme al cual las partes tendrían un deber de probidad, lealtad, colaboración con la justicia y veracidad de los actos procesales» PALAVECINO (2011) p.119 - 120.

que se afirme la posibilidad de que existan tantos conceptos del principio de buena fe procesal como autores sobre él escriban.³³ No debe parecer extraña dicha afirmación toda vez que ya en un primer acercamiento al principio descubrimos que estamos frente a un «concepto jurídico indeterminado». Quedémonos por ahora sin embargo con el concepto entregado por el profesor Joan Picó i Junoy, pues variados autores lo recogen, o para adherir a su postura, o directamente para separarse de la misma. Éste señala que: «[L]a buena fe procesal puede definirse como aquella conducta exigible a toda persona, en el marco de un proceso, por ser socialmente admitida como correcta»³⁴.

Podemos afirmar que la manera de abordar el estudio del principio en cuestión ha girado en torno a dos ejes centrales: una determinada forma de evaluar la conducta de las partes en juicio y las consecuencias que de ahí pudiese derivar el sentenciador para la resolución del conflicto intersubjetivo³⁵ (estudio de las conductas procesales), y por otro lado, desde los deberes que se desprenderían del principio que estamos estudiando (estudio de los deberes)³⁶. En el presente texto básicamente nos haremos cargo de ésta última variante, aunque a ratos, a propósito del deber de colaboración, sin duda se entroncan ambos enfoques.

A continuación pretendo enunciar brevemente los supuestos deberes que suelen derivarse del principio de buena fe procesal y la viabilidad de su existencia enfrentada al debido proceso y al derecho de defensa.

33. «[t]ratándose de un concepto que es reflejo de una valoración social en constante cambio y, en consecuencia poseedora de una naturaleza constantemente dinámica, será imposible fijar su contenido con la debida precisión y permanencia a través de reglas genéricas que permitan establecer un estándar claro acerca de lo que en cada caso será buena o mala fe[...] De acuerdo con lo anterior y aun con el peligro de agravar la situación expuesta sólo nos quedará confiar en lo que resuelva cada juez, en cada caso concreto que se le presente [...]» LARROUCAU Op. Cit. p. 70.

34. PICÓ I JUNOY Op. Cit. p.19.

35. PRAT Disponible en:< http://www.cmfbas.org.ar/archivos/11_RP4-09-Valorac%20Cond%20Proc.pdf>. [Fecha de Consulta: 10 de Septiembre 2013]; DUQUE (2010) Disponible en: <www.lexisnea.com.ar/base_de_datos/Doctrina/0003.pdf>. [Consultado 10 Septiembre de 2013]; LONDOÑO (2006) Disponible en:< <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=94501009>>. [Fecha de Consulta: 10 de Agosto de 2013]; ORELLANA Y PÉREZ RAGONE (2007) p. 13 y ss.

36. LORETO (1935) p. 14 – 20; LONDOÑO (2007) p. 69 – 101; CARRETTA (2008) p. 101 – 127; DI GIULIO (2001); HUNTER (2008) p. 151 – 182.

Los (supuestos) deberes derivados el principio de buena fe procesal.

Sostengo que es posible diferenciar de manera más o menos clara lo que se ha denominado principio de buena fe procesal, de los deberes que suelen asociarse a él. Para comprender dicha aseveración, es necesaria una breve y previa distinción entre cargas, obligaciones y deberes procesales, tomando ésta última noción un rol clave en nuestro estudio. Dicha diferenciación conceptual es realizada de muy buena manera por Francesco Carreta Muñoz, a partir del estudio de los procesalistas clásicos³⁷. De manera sintética: la idea de carga, atribuida originalmente a Goldschmidt, se fundamenta y explica en la actuación procesal realizada por parte en resguardo y promoción del propio interés³⁸; la obligación procesal supone un vínculo jurídico entre partes iguales, en virtud del cual uno se encuentra en la necesidad de efectuar una prestación a favor de la otra (su adversario en juicio); y por último la noción de deber, central en nuestra investigación, tiene un alcance amplio, que cubre tanto a partes, al juez e incluso a terceros, con un alto contenido axiológico y que representaría un imperativo de actuación en virtud del interés público, del Estado o de la «justicia», abriendo la posibilidad de imponer diversos tipos de sanciones a su incumplimiento, la mayoría de las veces a beneficio estatal. Quién no cumple con una carga afecta su propio interés, arriesgándose a perder el litigio; quién no cumple con una obligación afecta el interés de su contendiente en juicio, pero eventualmente se ve perjudicado en el resultado del juicio; y quien no cumple con un deber afecta un aspecto moralizante del juicio, y con ello el indeterminado «interés público», «interés general» o interés del Estado. Un proceso respetuoso de las libertades individuales, de acuerdo a lo expresado, debe basarse en un sistema de cargas, mas no de deberes.

Una breve enunciación

Los deberes que suelen asociarse al principio de buena fe procesal son los

37. CARRETTA Op. Cit. p. 105 y ss.

38. «Una de las genialidades de Goldschmidt y de Carnelluti fue constatar que el moderno proceso civil se basa en que las partes actúan en el mismo movidas por su propio interés, no al servicio de los intereses ajenos, y de ahí que concluyeran que el concepto fundamental que definirá la iniciativa y efectos de las actuaciones procesales será el de «carga procesal». La carga se concibió como «la necesidad de realizar un acto para prevenir un perjuicio procesal» MONTERO Op. Cit. p.338.

siguientes: Deber de completitud, Deber de Coherencia, Deber de Veracidad, Deber de lealtad, Deber de probidad, Deber de colaboración o cooperación, y el Deber de actuar de buena fe en el proceso, ahora en sentido estricto. Cada uno de aquellos representa una arista moralizante diversa, y una vertiente diferente de la comprensión del principio de buena fe procesal. La mayoría de los deberes enunciados se explican por sí mismos, sin embargo haremos una pequeña aclaración respecto de cada uno de ellos.

La mayoría de los deberes que revisaremos a continuación tienen como presupuesto la idea de que es posible alcanzar la verdad (en alguna dimensión, cualquiera sea ésta, aunque signifique un mero acercamiento) dentro del proceso, y por lo tanto uno de los fines del mismo sería la reconstrucción de los hechos en juicio, tal como ocurrieron, para de esa forma poder fallar «en justicia».

El deber de completitud³⁹ atañe a las partes y les impone imperativamente que en juicio expongan todos los hechos de los que tienen conocimiento, como también todas las pruebas que digan relación con dichos hechos.

El deber de coherencia⁴⁰ no tiene que ver con las formas argumentativas que adopte cada parte en sus alegaciones, sino más bien con la denominada «teoría de los actos propios», que impide un actuar contradictorio por alguna de las partes que estén litigando, a pesar de que su interés y pretensión sean

39. HUNTER Op. Cit. p.171 y ss.

40. Bastante dudosa es su inclusión, pues existe a mi parecer una distancia enorme entre la autónoma doctrina de los actos propios y el principio de buena fe procesal. Más aún, si se da cabida a ésta teoría en el ámbito procesal (así como maliciosamente se aplicó en los casos de relaciones laborales no formales) lo único que logramos es la evidente vulneración al derecho a defensa. A propósito se señala que: «La doctrina de los actos propios abre un magnífico campo de acción para que jueces y abogados puedan ir generando una casuística que permita ampliar el contenido del principio de buena fe procesal, también denominado como principio de moralidad, de la lealtad procesal o de probidad procesal [...] la aplicación indiscriminada de este principio podría dar pie a calificar impropriamente de actuación de mala fe a toda acción ejercida en contradicción con una anterior, cuestión que es en extremo delicada. Para sortear este potencial riesgo[...] existe un principio informativo del procedimiento conocido como principio de eventualidad, que en lo sustancial apunta a facilitar que en un mismo momento o trámite procesal se puedan realizar varias alegaciones, oponer varias excepciones o alegar incluso varios medios de prueba a la vez» En: ROMERO (2003) p. 171.

lícitas, por atentar contra la buena fe, y la seguridad jurídica que ha adquirido su contraparte, además de representar un cambio drástico al comportamiento anterior del mismo sujeto.

El deber de veracidad⁴¹ exige que las partes, una vez que han decidido alegar un hecho en juicio, aleguen en éste sólo aquellos aspectos que estimen plenamente y de manera convencida, como verídicos, presentándolo también en tal calidad una vez que incorporen prueba. Puede relacionarse con una convicción subjetiva sobre la certeza y objetividad de los hechos que se plantean en juicio.

El deber de lealtad⁴², dice relación con la idea de concebir al proceso como una contienda en que cada uno de los contrincantes debe para su contraparte una actitud leal, en el sentido de no llevar adelante actuaciones maliciosas o de cuyo conocimiento se sepa que es posible catalogar como temeridad o directamente dolosa. Parece sumamente cercana a un imperativo de comportamiento hidalgo.

El deber de probidad, obviamente, es un imperativo del actuar probe; conforme a sus investiduras, se dirá, en el caso en que estemos ante alguna autoridad empoderada, sin embargo en el caso de los particulares dice más bien relación con un actuar «correcto» moralmente, no del todo distinguible del deber de buena fe procesal en sentido estricto.

El deber de cooperación⁴³ está directamente relacionado con la idea que

41. Se señala incluso que «Ya en los precedentes bíblicos se encuentra la consagración del deber de veracidad: «no levantéis falso testimonio» (Éxodo 20, 16); «No mintáis y que nadie engañe a su prójimo» (Levítico 19, 11); Absteneos de asuntos falsos (Éxodo 23, 7)» En: HEÑIN Disponible en: <http://www.elateneo.org/documents/trabajosBajar/El_Principio_de_Moralidad_actual.doc>. [Fecha de consulta: 02 de Septiembre de 2011] y «Las declaraciones de las partes, sea que afirmen circunstancias de hecho, sea que contradigan las alegadas por la contraria, deben conformarse a la verdad, esto es, un contenido de conocimiento propio que origine el ellas el convencimiento que sus representaciones concuerdan con la realidad. Existiendo únicamente la verdad objetiva, es manifiesto que la distinción tan socorrida de los juristas entre «verdad material» y «verdad formal» resulta ilógica y debe desecharse del campo científico» En: LORETO *Op. cit.* p. 17.

42. «Podemos decir que buena fe alude muy en general a un comportamiento correcto [...] cuando se alude a lo correcto, dentro del proceso, al menos en la tradición de cultura de los operadores jurídicos, existe una significación que dice relación con el comportamiento leal» CARRETA *Ob. Cit.* p. 117.

43. «Se trata de un *principio* que, a diferencia de otros, florece en cargas y en deberes

supone la posibilidad de alcanzar «algún tipo de verdad» en el proceso, y por lo mismo, impone a las partes actuaciones de carácter positivo tendientes a resolver el litigio conforme a justicia, sea acompañando las pruebas que están su poder, sea evitando dilatar de manera innecesaria el proceso en su totalidad.

El deber de actuar conforme a la buena fe procesal en sentido estricto exige de las partes que éstas actúen de una manera «socialmente aceptada» en juicio, incorporando directamente un estándar moral de conducta requerido de las partes, y del propio tribunal. Sería la derivación más laxa de un deber derivado del principio de buena fe procesal.

El problema de los deberes derivados del principio de buena fe procesal

Como ya hemos señalado más arriba, un sistema propiamente dispositivo y respetuoso del debido proceso es aquél que se configura estructuralmente como un sistema de cargas. La incorporación de deberes, en general, y de los deberes de actuación derivados del principio de buena fe procesal, en específico, abre la posibilidad de trastocar la idea de proceso, y degenerar la eventual regulación en mero procedimiento o conjunto de formas, sin vinculación alguna con las garantías fundamentales.

El Proceso como método de solución de conflictos intersubjetivos, supone dos posiciones antagónicas, que obviamente se encontrarán en disputa, y se tendrán que enfrentar ante un tercero imparcial. Sin embargo, dar cabida a los deberes procesales, que podrá crear el juez caso a caso a partir del concepto abierto de «buena fe procesal», implica cambiar la forma de solución de los conflictos en caso en que el juez no se encuentre completamente convencido con las pruebas que se presenten ante él. Lo que sucede, previo a que el juez defina un determinado deber incumplido en el caso concreto, es simplemente, que éste no se encuentra plenamente convencido de la culpabilidad o inocencia

procesales que pesan no sólo sobre las partes, sino también sobre terceros absolutamente ajenos al proceso («penitus extranei»). Empero, en todos los supuestos su funcionamiento revela que el proceso civil debe ser considerado como una empresa común cuyo feliz resultado (la asignación adecuada de lo debatido) exige la colaboración de ambas partes y también, eventualmente, la de otros sujetos compelidos legalmente a prestar su asistencia para la consecución del mencionado logro» PEYRANO Disponible en: <http://www.elateneo.org/documents/trabajosBajar/El_Principio_de_Cooperacion_Procesal.doc> .[Fecha de Consulta: 22 de Agosto de 2013]

de una de las partes. Más genéricamente, que quién debía probar y convencer al juez de que su postura o pretensión era cierta, simplemente no ha cumplido con dicha tarea. Lo que debería suceder en tal caso es la aplicación natural de la regla de las cargas probatorias, desfavoreciendo a la parte que no ha logrado obtener el convencimiento pleno del juez. Ahora, si en tal caso abrimos la posibilidad de actuación al juez (sujeta a su mera arbitrariedad), estamos cambiando radicalmente las reglas de cargas probatorias, y con ello, desvirtuando la idea de Proceso. Lo peor, es que en ciertos casos ni siquiera sabremos en qué momento variará su consideración sobre las cargas de la prueba, y entenderá bajo su concepto, que se ha vulnerado un deber por alguna de las partes. Podría ser inclusive al momento de dictar sentencia.

Inmediatamente aparece como evidente que, como ya se ha señalado, dar cabida a tan variado abanico de deberes procesales, implica atentar directamente contra la concepción del Proceso como un sistema procesal de cargas, y con ello, con un sistema en donde prime la libertad. No es baladí atender a dicha afirmación, ya que se sigue de un modo determinado de concebir cuál es el rol y la función del Estado, y consecuentemente, cuáles son los fines del Proceso. Es precisamente en este punto en donde podrán vislumbrarse las diferencias centrales entre garantismo procesal y activismo judicial⁴⁴.

Desde otra perspectiva, es posible señalar que una interpretación del principio que permita deducir deberes positivos para las partes, atentaría contra el debido proceso y el derecho a defensa, la configuración liberal de nuestra norma suprema (la Constitución) e incluso con la certeza jurídica. La atribución de tal facultad al juez, del todo atípica, implica reconocerle al juez implícitamente una potestad de generación normativa que conforme al principio de separación de poderes, y la noción ampliamente aceptada de Estado de Derecho, no le es propia. El tribunal, en el contexto de un Estado democrático de Derecho no debiese tener la facultad de crear normas procesales ad hoc, y en este caso en especial, no debería poder generarlas a través de la utilización retórica del principio de buena fe procesal. La creación de ley procesal es labor propia del legislador, mas no del juzgador. Al aceptar dicha potestad del juez la

44. ¡Lugar en donde incluso se ha llegado a afirmar lo siguiente!: «[e]l juez es el administrador de la justicia; con ley, sin ley o contra ley. Porque el valor de la Justicia prevalece sobre la Ley y nuestra Constitución» En: PEYRANO Disponible en: <<http://www.elateneo.org/documents/trabajosBajar/activismo.pdf>>. [Fecha de consulta: 22 de Agosto de 2011]

noción de Proceso comienza a perder sentido. Existe un denominado principio de legalidad procesal, que impide que sea el juzgador quién caso a caso vaya decidiendo las formas que tome el proceso, y le reserva tal facultad al legislador. No sólo eso, sino que eventualmente (que es nuestro caso como veremos más adelante) deja incluso abierta la facultad al juez no sólo en la creación de la forma del proceso, sino también los montos y formas de sanción en caso de incumplimiento de los deberes creados ad hoc.

Potencialmente con la inclusión del principio de buena fe procesal como fuente de reglamentación procedimental, vemos vulnerado el principio de legalidad (y juridicidad, en sentido más amplio) en tres niveles. Primero en la determinación de la hipótesis teórica de aplicación de la norma, esto es, en la interpretación correcta del «principio de buena fe procesal» como premisa superior de un silogismo jurídico. Luego, en segundo lugar, y en una especie de realización dinámica del anterior, encontramos la facultad y libertad del juez para desprender, y con ello *crear*, los deberes que se imagine que correspondan al caso concreto. Como si no bastase con lo anterior, eventualmente el juez analizará cuál es la forma en que una infracción al principio de buena fe procesal es sancionada en el proceso, o sea las consecuencias negativas para alguna de las partes por la falta de observancia al citado principio. Dejamos en manos del juez la creación de la norma correspondiente en su totalidad: el presupuesto normativo (qué es la buena fe procesal), la evaluación del hecho (el deber que el juez ve infringido en el caso concreto) y la sanción (la consecuencia de aplicación de la norma) serán definidas por el juez, caso a caso: tanto la premisa superior como la inferior queda absolutamente en manos del juez ante el caso concreto.

En tercer lugar, y relacionado obviamente con la concepción de Proceso a la que adherimos, la inclusión del principio de buena fe procesal, y su aceptación ampliamente laxa, se opone directamente al requisito de imparcialidad del juez. Lo que sucede en el juicio, tal como lo explique más arriba, es que el juez al no estar convencido de alguna de las alegaciones que correspondía probar a una de las partes en conflicto, y con la sola finalidad de lograr su propio convencimiento, arguye un supuesto *deber* basado en el principio de buena fe procesal. En este sentido, no se trata más que de una manifestación de una potestad coactiva por parte del juez para satisfacer su certeza ante su propia duda, interviniendo directamente en el contenido del proceso, y con ello, atravesando el desarrollo hasta aquí dialéctico contradictorio, por su interés *parcial*. Lo que corresponde al juez es simplemente seguir las reglas de

las cargas probatorias, en caso que no cuente con material probatorio que le parezca suficientemente convincente, más no le corresponde asumir un rol de parte en el mismo, ni menos olvidar su posición de sujeto imparcial (en sentido estricto). En el fondo, en tal caso lo que sucede simplemente es que quién tenía la carga de probar un hecho, y además de convencer al juez de que sus alegaciones merecían ser acogidas por sobre las de su contraparte, no ha podido lograrlo, y con ello no ha cambiado en nada la posición de «inocencia» de su contraparte, por lo que corresponde al juez aplicar las cargas probatorias como regla de juicio. En síntesis: en los casos en que el juez no cuente con el convencimiento suficiente para fallar contra el demandado, simplemente debe mantener el *status quo*, conforme a las reglas generales de carga de la prueba (debe primar el principio de inocencia, y la garantía de no declarar contra sí mismo⁴⁵).

El reverso de lo anterior, nos parecerá mucho más contrario al sentido común. Sucede, que a la vez que se le permite al juez plasmar sus intereses en juicio mediante la creación de normas procesales ad hoc, se les exige a las partes que asuman una posición imparcial. Se desea que aquellos que están en conflicto, en pie de igualdad, se eleven a la posición de tercero imparcial con la finalidad de colaborar en el desarrollo y resultado del litigio; en el fondo se les pide que se abstraigan de sus intereses subjetivos con la finalidad de que pongan todo de su parte en la consecución de la «*verdad procesal*» o la «*justicia*». Aquél que por esencia debe ser imparcial (el juez) está facultado para abandonar tal posición, y por el reverso, quienes por esencia se acercan al poder jurisdiccional a defender *sus* intereses particulares deben olvidarse de aquello y emprender una tarea justiciera en conjunto con quién hace un momento, antes de entrar al tribunal, se oponía a su pretensión; quién era el sujeto adversario en el conflicto intersubjetivo. Debe posponer su propio interés por un superior e indeterminado «interés social».

Cada parte se presenta en juicio desde su parcial punto de vista sobre la totalidad de los hechos y todo tipo de alegaciones que esgrime en juicio⁴⁶, y es propio del tribunal, por naturaleza, tener una posición imparcial, en la

45. CIFUENTES Ob. Cit. p.103.

46. «[S]i las partes están en posiciones contrapuestas, no es necesariamente porque una de las dos mienta, sino, más bien, porque cada uno ve las cosas desde su punto de vista y porque el mundo del Derecho es el mundo de la duda» CIPRIANI en MONTERO Ob cit.

máxima medida posible. De lo contrario, caeríamos en la ilógica idea de que las partes deben ser imparciales (ante una «verdad» supuesta y objetiva que ha de encontrarse en juicio), y deben cooperar desinteresadamente, sometiéndose cuál instrumentos en la búsqueda de un bien bastante etéreo; y el juez, dependiendo de cómo observe el comportamiento de éstas debe estar a uno u otro lado del litigio, velando por un debate «correcto» moralmente, bajándose del estrado cuándo él estime conveniente a fin de obtener mejores herramientas para justificar su decisión; y en el fondo, legitimarla retóricamente.

Lo anterior en ningún caso implica la titularidad de las partes de un derecho a mentir (podría pensarse esto si estoy negando la existencia de un deber de veracidad). Es evidente el gran desincentivo a mentir existente estructuralmente en juicio (la posibilidad de perder el litigio por no poder probar los hechos afirmados). En último caso, el control de la veracidad de las alegaciones la deberá hacer el juez, al evaluar si resultó o no convincente lo que la parte ha sostenido⁴⁷; y si aún presentada la prueba le cabe alguna duda, debe negarse a acoger su petición en juicio, pues no ha logrado mover el status quo, y no es tarea del tribunal salir a buscar pruebas que permitan autojustificar sus inclinaciones o preferencias personales.

En todo caso, las partes presentarán en juicio, y es lo razonable, sólo aquellos elementos que favorezcan sus intereses, y que tengan esperanza de poder probar, con el objetivo de convencer al juez de que su pretensión es legítima y merece ser acogida, que es lo realmente importante en todo juicio.

Por último, como ya hemos señalado, las partes no pueden legítimamente ser obligadas a declarar contra sí mismas (en el caso de que se pudiese deducir un deber de cooperación en este sentido), y por lo mismo, no se les puede obligar coercitivamente a pronunciarse sobre la veracidad de alguna alegación hecha por su contraparte, ya que aquello atenta directamente contra la configuración de un sistema dispositivo de enjuiciamiento. Estaríamos retrocediendo en el área procesal civil, todo lo que se ha logrado avanzar en el Proceso Penal contemporáneamente: no tiene sentido trasladar a las ramas civiles todos los

47. HUNTER Ob. Cit. p.171. «El control de veracidad y completitud de las alegaciones de las partes es efectuado por el juez solo en la sentencia definitiva, una vez que se ha rendido toda la prueba y que las partes han intentado acreditar los hechos alegados por ellas. Por lo que, de igual forma, se debe efectuar una actividad probatoria, y si una de las partes se arriesga a mentir, esa mentira no afectará al desarrollo del proceso si no es confirmada por la prueba»

problemas que superó el Derecho Procesal Penal con el principio de inocencia, o la prohibición de autoinculpación, debemos seguir caminando hacia el garantismo, aumentar los espacios de libertad y no restringir los que ya tenemos.

Todo lo anterior nos lleva además a afirmar que la creación atípica de los deberes enunciados a partir de una potestad innominada como la otorgaría el principio de buena fe procesal, lesionan el derecho a defensa consagrado en el art. 19 n°3 de la Constitución de la República cada vez que se desprenden deberes positivos de actuación para alguna de las partes en juicio, en las distintas dimensiones de dicho derecho (presentación de prueba, decidir qué hechos alegar u omitir, exigir que ciertas alegaciones y pruebas sean valoradas, entre otras). Al respecto hay que recordar que el derecho de defensa no solo tiene una faz activa, en que la parte puede efectuar labores positivas para lograr el convencimiento del juez, sino que también comprende su derecho a abstenerse de actuar en casos que le aparezca desfavorable tácticamente. Establecer deberes positivos de actuaciones implica claramente atentar contra dicha garantía establecida en favor de la libertad individual, y de ésta forma, permitir la vulneración de un derecho fundamental consagrado constitucionalmente... ¡ni más ni menos que por un principio de rango legal!⁴⁸ .

No solamente se trata de la imprevisibilidad del contenido de los deberes que serán exigidos e impuestos por los tribunales civiles (en sentido amplio, por aplicación supletoria del Código Procesal Civil en otras áreas⁴⁹) caso a caso, los que afectaran la juridicidad del principio de buena fe procesal, sino que además, existe una clara infracción al principio de legalidad procesal, y a la determinación previa y legal de las eventuales sanciones que serían aplicables a la parte que incurre en alguna falta contraria a la buena fe procesal⁵⁰.

48. GORIGOITÍA Ob. Cit. p.148.

49. Recordar que además en el proyecto presentado al congreso se consagra en su artículo 14 lo siguiente: «Art. 14. Aplicación supletoria del Código. Este Código se aplicará supletoriamente a los procedimientos de minería, laborales, familia, tributarios, penales o de cualquier otra materia, a menos que ellos contemplen una norma especial diversa o su aplicación se encuentre en oposición con la naturaleza de los derechos o de los principios que los rigen».

50. «[A]fectaría la legalidad establecida en el artículo 7 de la CPE, en el sentido de que el llamado en un estado democrático a la creación de ilícitos y sanciones para dichas conductas en únicamente el legislador, y en consecuencia, no pudiese el juez arrogarse facultades legislativas, ya que a éste sólo le corresponde la tarea de imponer

La buena fe procesal y el proyecto de código procesal civil

El espíritu de la reforma

De entrada, en el mensaje que acompaña el proyecto de Código Procesal Civil se manifiesta todo el espíritu de la reforma que presenciamos. De aquí es posible enlazar las consecuencias que trae aparejada la reglamentación del proceso desde una visión eminentemente activista. Así, se señala que

«[...] entendiendo que el proceso civil no es un mero instrumento para la resolución de un conflicto intersubjetivo de intereses privados entre las partes y en el cual al juez sólo le cabe un papel de mero observador hasta el momento de dictar sentencia, el nuevo Código consagra un cambio de paradigma en la concepción del rol y poderes del juez respecto del proceso y el sentido tradicional en que se ha entendido el principio dispositivo o de justicia rogada que inspira nuestro actual proceso civil, sin por ello derrogarlo, sino al contrario, manteniendo su plena vigencia.

[...]En cuanto al impulso y dirección del proceso, el nuevo Código otorga un rol protagónico y activo al juez, pudiendo adoptar de oficio las medidas necesarias para su válido, eficaz y pronto desarrollo, de modo de conducirlo sin dilaciones indebidas, a la justa decisión del conflicto»⁵¹.

Su consagración en el texto normativo

El principal enunciado normativo que hace referencia al principio de buena fe procesal se consagra en el artículo 5° del Proyecto que señala lo siguiente:

«Art. 5°.- Buena fe procesal. Las partes, sus apoderados y todos quienes intervengan en el proceso deberán actuar de buena fe.

El tribunal, de oficio o a petición de parte, deberá prevenir, corregir y sancionar, según corresponda, toda acción u omisión que importe un fraude o abuso procesal, colusión, contravención de actos propios o cualquiera otra conducta ilícita, dilatoria o de cualquier otro modo contraria a la buena fe».

las sanciones ya establecidas previamente en la ley» LARROUCAU Ob. Cit. p. 78.

51. MENSAJE presidencial N°432-359 p. 18.

Alcances del principio de buena fe procesal en el proyecto de reforma procesal civil

Artículo 5°: la consagración de la buena fe procesal como «principio general».

Lo primero que se puede desprender del enunciado normativo en cuestión, es el amplio alcance personal del denominado principio de buena fe procesal. No sólo incumbe a las partes el respeto y sometimiento al principio de buena fe procesal, sino a todos quienes intervengan en el proceso judicial. No se señala expresamente que el propio tribunal deba respetar dicho principio, sin embargo puede sostenerse que con el nuevo diseño procesal, y conociendo el activo rol del juez en éste, él también queda sujeto al principio de buena fe procesal, como principal interviniente en el desarrollo dialéctico del litigio.

La posibilidad que tiene el juez de declarar de manera oficiosa su inhabilidad es una manifestación concreta del alcance del principio de buena fe procesal respecto de él como sujeto interviniente en el proceso⁵².

Luego, además el inciso segundo del artículo citado llama al tribunal a velar por la moralidad del proceso, y señala al respecto que «*deberá prevenir, corregir y sancionar, según corresponda, toda acción u omisión que importe un fraude o abuso procesal, colusión, contravención de actos propios o cualquiera otra conducta ilícita, dilatoria o de cualquier otro modo contraria a la buena fe*».

En un primer acercamiento, parece que ya no estamos ante la consagración de un deber de buena fe procesal en sentido estricto, que vincule directamente a las partes y los incite a la realización de actuaciones positivas en el proceso, sino más bien, ante manifestaciones que lesionarían el principio en cuestión. Se asemeja bastante a un intento por sancionar las actuaciones de mala fe, más

52. Así se consagra: Art. 137.- *Oportunidad para declarar de oficio la inhabilidad.* Todo juez, auxiliar de la administración de justicia, o funcionario a quien correspondiere intervenir en un negocio determinado tendrá el deber inexcusable de manifestar o declarar de oficio, en su caso, su inhabilidad por la concurrencia de causales legales específicas que lo afecten.

Asimismo, deberá informar a las partes, tan pronto tuviere conocimiento de ello, cualquier otro hecho o circunstancia que pudiere configurar la causal genérica de inhabilidad por encontrarse afectada su imparcialidad o independencia, dejando constancia de ello en el proceso.

que velar por la moralidad del proceso mediante la creación de deberes para las partes. En otras palabras, llama a las partes a abstenerse de ciertas conductas consideradas como actuaciones de mala fe.

En la realización práctica, por parte del tribunal, del deber en cuestión, consagrado en el inciso segundo del precepto citado, se pueden generar algunos problemas. Resulta que si bien se le impone un deber al juez con la finalidad de erradicar actuaciones consideradas contrarias a la buena fe procesal, no se señalan los alcances de las facultades que se le están otorgando. El tribunal deberá «*prevenir, corregir y sancionar*», las actuaciones contrarias a la buena fe procesal, pero no se señala cuál será la manera en que lleve adelante dicha tarea. Los límites se vuelven difusos ya no sólo en el momento mismo de la sanción o corrección, sino que incluso en un momento anterior a la comisión de cualquier hecho (¿prevención de peligro?), lo que sujeta a las partes a un grado de indefensión aún mayor.

Luego, además, tal como se señaló más arriba, mediante un análisis abstracto sobre los alcances del principio de buena fe procesal, podría sostenerse a partir del enunciado normativo que no sólo el presupuesto de hecho de la norma, o hipótesis de aplicación es ampliamente indeterminado e internamente variado y complejo (fraude, colusión, abuso procesal, conductas dilatorias, teoría de los actos propios y en general, conductas contrarias a la buena fe⁵³), sino que además deja abierta la posibilidad de crear sanciones atípicas (porque el juez debe *prevenir, corregir y sancionar* la ocurrencia de tales conductas), y con ello completar ya no sólo el presupuesto de hecho de aplicación de la norma, ¡sino incluso la sanción misma!, y con ello, prácticamente la norma en su totalidad queda sujeta a su arbitrariedad.

Para salvar de alguna manera el precepto en cuestión se puede señalar al menos que algunos conceptos utilizados en su contenido han sido esclarecidos parcialmente por la doctrina más variada. Así por ejemplo, compartimos la idea de que el *fraude o estafa* procesal, «es la perpetrada en un proceso en que el destinatario del ardid es el juez de ese proceso, a quien se busca engañar, a fin de obtener una sentencia, fundada en la falsedad del ardid, que favorezca a una parte en detrimento injusto del patrimonio de otra»⁵⁴. Sin embargo, de

53. Casa uno de estos conceptos ha sido analizado en doctrina y arrastra una historia propia, encontrando eso sí, ciertos puntos de contacto con la buena fe, en general, pero en todo caso, alcanzando grados de tecnicismo independiente y autónomo.

54. GRISOLÍA (1997) p. 417.

dicha definición salta a la vista que, tal como señala el profesor grisolía, «el tipo de estafa no está orientado a proteger postulados ético-sociales», y lo que parecía un «acercamiento» al concepto de buena fe procesal, termina por confundirnos más aún.

Pero hay algo previo. Se le estarían otorgando facultades al juez no sólo con la finalidad de sancionar, ¡sino incluso para prevenir determinado tipo de conductas!. Por lo tanto no sólo podrá sancionar a posteriori una conducta que estime vulneraría alguno de los elementos cautelados en aquél inciso, sino que incluso, podrá previamente imaginarse de qué forma actuarán las partes, e impedir el ejercicio de determinadas actuaciones, por ejemplo, al comenzar una audiencia, previniendo a las partes sobre las negativas consecuencias que acarreará la inobservancia de sus órdenes. O quién sabe sino hasta descartando cierto tipo de pruebas, previo a que sean ofrecidas incluso, porque considera, por ejemplo, que su eventual presentación representa una conducta dilatoria a su parecer.

Por otro lado, no sólo tiene facultades para adoptar medidas respecto de las eventuales conductas positivas de las partes, sino incluso en relación a su actuar omisivo. Se puede desprender fácilmente del precepto citado que el juez está facultado para «*impedir omisiones que importen un fraude procesal, colusión, cualquiera otra conducta ilícita o dilatoria o contraria a la buena fe*». Si ya en el anterior punto estábamos ante un juez que podía impedir actuaciones positivas, ahora ante un juez que puede impedir la pasividad de las partes, pareciese que el rol trascendente de éstas en un litigio de su exclusivo interés, pierde cada vez mas protagonismo. Las partes que se enfrenten en juicio no conocerán, previo a enfrentarse en juicio, bajo qué reglas se desarrollará su debate dialogal, que hasta aquí parecía que sería racional. Estamos frente a una clara afectación a la seguridad jurídica, el derecho de defensa, y la noción misma de proceso.

Cómo debe entenderse el principio de buena fe procesal

Entender el precepto como lo hemos expuesto previamente vulneraría el derecho a defensa de las partes en juicio, y también el principio de legalidad conforme al cual debe actuar el tribunal. Creo que la mejor forma de entender el precepto citado es en su relación y conexión necesaria con las otras normas del proyecto de Código Procesal, en donde sí estén tipificadas las sanciones y los supuestos de aplicación de la norma correspondiente. Debe evitarse la inter-

pretación del principio de una manera tal que otorgue facultad de generación normativa ad hoc al juez.

La seguridad jurídica, por otra parte, se ve seriamente afectada en caso de reconocer al juez las facultades implícitas que se pudiesen derivar de la lectura del precepto en cuestión. La seguridad jurídica, por cierto, no es un valor en sí mismo, sino que directamente favorece las posibilidades de actuar libremente a los particulares, mediante la previsibilidad de las actuaciones de los demás; en este caso, de un órgano del Estado como lo es el Tribunal. Si es que las partes no conocen sus posibilidades de actuación, directamente se están cerrando espacios de libertad y autodeterminación individual, ante el poder estatal, en este caso.

Ya hemos citado el art. 137 del Proyecto como una manifestación del principio de buena fe procesal, a él se suman, a modo de ejemplo, los siguientes preceptos:

- Art. 138 inc 3º: («[...] podrá el tribunal imponer a la parte que maliciosamente haya retardado el reclamo de la inhabilidad una multa que no exceda de diez unidades tributarias mensuales»).
- Art. 145 (« Si la inhabilidad es desechada, se condenará en costas al que la haya reclamado, y se le impondrá una multa no inferior a una unidad tributaria mensual ni que exceda la suma de diez unidades tributarias mensuales. Esta multa se elevará al doble cuando se trate de la segunda solicitud de inhabilitación deducida por la misma parte y esta sea rechazada, al triple en la tercera vez y así sucesivamente»).
- Art. 168 («Si decretada la diligencia el citado no concurriere a la audiencia o actuación respectiva, se rehusare a prestar la declaración ordenada o ésta no fuere clara y precisa, o sin causa justificada incumpliere u obstaculizare la diligencia, se le podrán imponer multas sucesivas que no excedan de dos unidades tributarias mensuales o arrestos de hasta treinta días, determinados prudencialmente por el tribunal».)
- Art. 230 («Para obtener el cumplimiento de las resoluciones judiciales los tribunales se encontrarán facultados para adoptar todas las medidas conducentes a dicho cumplimiento, pudiendo al efecto imponer multas que no excedan de diez Unidades Tributarias Mensuales o arresto hasta de dos meses, determinados prudencialmente por el tribunal, sin perjuicio de repetir el apremio») .

- Art. 308 inc 6: (sobre la exhibición de documentos en poder de la contraparte o terceros) «(Si la persona a quien incumba su cumplimiento desobedeciere, sin justa causa, la exhibición requerida, conociendo la información que se le requiere o existiendo en su poder los documentos, el tribunal podrá apremiarla con el pago de multas que no excedan de dos Unidades Tributarias Mensuales»)

La propuesta es hacer una interpretación restrictiva del artículo 5° del Proyecto de Código Procesal Civil, con tal de no vulnerar el derecho a defensa de las partes, el debido proceso, la seguridad jurídica y el principio de legalidad. Por lo mismo, su real alcance se limita a las normas que manifiestan su espíritu en el cuerpo del proyecto, más en ningún caso, se le puede concebir como una ventana a la creación atípica de facultades judiciales en virtud de un pretendido deber moralizante del proceso por parte del juzgador.

El principio de buena fe procesal debe ser comprendido en el sentido en que Alvarado Velloso comprende el principio de moralidad, esto es, haciendo caso de que el proceso es creado como una forma intersubjetiva de resolución de conflictos eminentemente pacífica, en donde lo que se ha buscado por la sociedad es evitar que cada uno haga justicia por mano propia, y entonces «no puede siquiera concebirse que el legislador norme un medio de debate en el que pueda ser utilizada la fuerza bajo la forma de aviesa arteria o traición»⁵⁵. Pero cuidado, aquello se logra por parte del legislador «prohibiendo portarse mal, no obligando a las partes a portarse bien. Que son cosas muy diferentes, por cierto»⁵⁶.

Conclusiones

Con la inclusión del principio de buena fe procesal en nuestro procedimiento civil disminuimos los espacios de certeza jurídica, y con ello las posibilidades del ejercicio de la libertad de los particulares. El descontento con el poder judicial no se erradica de la conciencia colectiva empoderando al juez de manera desmedida en áreas que sólo desnaturalizarán el proceso. Seguir ese camino traerá como consecuencia la vulneración de las garantías procesales individuales consagradas en la Constitución e instrumentos internacionales. Desde un

55. ALVARADO (2011) p. 195.

56. Ibid.

punto de vista jurídico significa contrariar mediante ley, normas jerárquicamente superiores.

El principio de buena fe procesal se consagra rodeándose de conceptos que son igualmente indeterminados (tal vez, salvo el fraude procesal), y con ello lo único que se va a lograr es empoderar cada vez más a los jueces, y dejar de lado a los reales interesados en la solución del conflicto; los particulares. Una interpretación coherente con nuestra Constitución es aquella que entenderá por principio a la norma directriz que inunda de espíritu al conjunto de instituciones que se encuentren vinculadas a él, y que se manifieste por el legislador a través de normas completas, que sí se encarguen de otorgar una atribución potestativa jurisdiccional acabada.

La inclusión de conceptos jurídicos indeterminados en normas legales potestativas de la función jurisdiccional, tal como el caso de la buena fe procesal, son manifestación del espíritu activista que impregna toda la cultura jurídica interna y externa de nuestro país. El afán justiciero social lentamente ha ido (y continuará, si no se ponen frenos oportunos) poniendo límites excesivos a la libertad de los particulares. Se pone en juego uno de los elementos que estructuran el fundamento mismo del Estado de Derecho, como lo es la Seguridad y Certeza jurídica, afectando además las posibilidades de predictibilidad de las resoluciones judiciales, durante la tramitación del juicio, e incluso en aquella que pondrá término a la instancia, lo que en último término implica simplemente sujetar a la discrecionalidad judicial difusa la determinación de los límites de las esferas de libertad de los particulares, que entregan la resolución de sus conflictos a la decisión del tercero imparcial: el Estado-juez.

Referencias

- ALCALDE, Enrique. *Los principios Generales del Derecho*. Primera Edición. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2003. 278 p.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Primera Edición. Madrid, España: *Centro de Estudios Constitucionales*, 1993. 610 p.
- ALDUNATE, Eduardo. *Aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo*. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502010000100004&lng=es&nrm=iso>. [Fecha de consulta: 03 de Octubre de 2011].
- ALVARADO, Adolfo. *El garantismo procesal*. En DE LA FUENTE, Paulo (ed.). *Estudios de derecho procesal civil: bases para un nuevo código procesal*

- civil*. Santiago de Chile: Editorial Librotecnia, 2010. 378 p.
- ALVARADO, Adolfo. *Sistema Procesal: Garantía de la Libertad*. Primera Edición. Argentina: Rubinzal Culzoni Editores, 2009. 669 p.
- BENABENTOS, Omar. *Teoría General Unitaria del Derecho Procesal*. Primera Edición. Argentina: Editorial Juris, 2001. 307 p.
- BENABENTOS, Omar. *Los cambios finales del siglo XX y la autonomía científica del derecho procesal laboral*. En *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, número 25, Volumen II, 1999. Colombia: Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 1999.
- BENÍTEZ, Eugenio. *Principios Procesales relativos a las Partes*. Disponible en: <<http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=177014519013>>. [Fecha de Consulta: 10 de Septiembre 2013].
- CARRETTA, Francesco. *Deberes procesales de las partes en el proceso civil chileno: referencia a la buena fe procesal y al deber de coherencia*. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=So718-09502008000100005&lng=es&nrm=iso>. [Fecha de consulta: 10 de Septiembre de 2013].
- CIFUENTES, Pablo. *El deber de buena fe en los procedimientos laborales: noción, manifestación y problemática*. En *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Volumen 1, número 2, 2011. Santiago de Chile: Universidad de Chile, 2011. p. 91 – 108.
- CIPRIANI, Franco. *El abogado y la verdad*. En MONTERO, Juan (Ed.). *Proceso civil e ideología un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Primera Edición. Valencia, España: Ed. Tirant lo Blanch, 2006. 438 p.
- DAMASKA, Mirjan. *Las caras de la justicia y el poder del estado: análisis comparado del proceso legal*. Primera Edición. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2000. 430 p.
- DI GIULIO, Gabriel. *Obligaciones, deberes y cargas del defensor en el procedimiento penal bonaerense*. Disponible en: <<http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/view/10/1565>>. [Fecha de consulta: 10 de Septiembre 2013].
- DUQUE, Román. *La conducta de las partes en el proceso como elemento de convicción para la decisión del juez*. Disponible en: <www.lexisnea.com.ar/base_de_datos/Doctrina/0003.pdf> .[Fecha de consulta: 10 de Septiembre 2013].
- DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona, España: Ariel, 1984. 508 p.

- FEYERABEND, Paul. *Tratado contra el método*. España: Editorial Tecnos, 1986. 336 p.
- GARCIA, Juan Antonio. *El juicio de ponderación y sus partes. Una crítica*. En ALEXY, Robert. (Ed.). *Derechos sociales y ponderación*. Madrid, España: Fundación Coloquio Europeo, 2007. 404 p.
- GORIGOITÍA, Felipe. *La buena fe en el proceso civil chileno*. En *Revista de Derechos Fundamentales*, número 2, segundo semestre, 2008. Viña Del Mar, Chile: Universidad de Viña del Mar, 2008. p. 133 – 159.
- GRISOLÍA, Francisco. *La estafa procesal en el derecho penal chileno*. En *Revista Chilena De Derecho*, Volumen 24, número 3, 1997. Santiago de Chile: Pontificia Universidad Católica de Chile, 1997. p. 417 – 422.
- HEÑIN, Fernando. *El principio de moralidad en el proceso civil actual*. Disponible en: <http://www.elateneo.org/documents/trabajosBajar/El_Principio_de_Moralidad_actual.doc>. [Fecha de consulta: 02 de Septiembre de 2011].
- HUNTER, Iván. *No hay buena fe sin interés: la buena fe procesal y los deberes de veracidad, completitud colaboración*. En *Revista de Derecho*, volumen 21, número 2, 2008. Valdivia, Chile: Universidad Austral de Chile, 2008. p. 151 – 182.
- KUHN, Thomas. *La estructura de las revoluciones científicas*. España: Fondo de Cultura Económica, 2005. 320 p.
- LAKATOS, Imre. *La metodología de los Programas de investigación científica*. Madrid: Alianza Editorial, 1993. 315 p.
- LARROUCAU, María. *La buena fe procesal y el deber de colaboración de las partes en los procedimientos laborales*. En *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, volumen 1, número 1, 2010. Santiago, Chile: Universidad de Chile. Facultad de Derecho, 2010. p. 67 – 81.
- LONDOÑO, Mabel. *Los indicios conductuales en el proceso civil*. Disponible en: <<http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=94501009>>. [Fecha de consulta: 10 Agosto 2013].
- LONDOÑO, Mabel. *Deberes y derechos procesales en el Estado social de derecho*. Disponible en: <<http://redalyc.uaemex.mx/pdf/945/94501105.pdf>>. [Fecha de consulta: 09 de Septiembre 2013].
- LORETO, Luis. *El deber de decir la verdad en el proceso civil*. Disponible en: <<http://aciempol.msinfo.info/bases/biblo/texto/L-714/A-24.pdf>>. [Fecha de consulta: 09 de Septiembre 2013].
- MATURANA, Cristián. *Los principios que deben regir un nuevo proceso civil en Chile*. En *Hacia una Nueva Justicia Civil*. Boletín Jurídico del Ministerio de

- Justicia, Nº 7, año 4, 2005. Santiago de Chile: Ministerio de Justicia, 2005. 80 p.
- MONTERO, Juan. *Sobre el mito autoritario de la «buena fe procesal»*. En MONTERO, Juan (Ed.). *Proceso civil e ideología un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia, España: Tirant Lo Blanch, 2006. p. 292 – 350.
- MORESO, Juan José. *Alexy y la aritmética de la ponderación*. Disponible en: < http://www.fcje.org.es/wp-content/uploads/file/jornada1/5_Moreso_1.pdf>. [Fecha de consulta: 10 Octubre 2013].
- NÚÑEZ, Raúl. *Crónica sobre la reforma del sistema procesal civil chileno (fundamentos, historia y principios)*. Disponible en: <<http://www.revistas.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/viewArticle/15072/15490>>. [Fecha de consulta: 09 de Septiembre de 2013].
- ORELLANA, Fernando y PÉREZ, Álvaro. *Radiografía de la rebeldía en el proceso civil: tópicos hacia una adecuada regulación en la nueva justicia civil*. En *Revista Ius et Praxis*, volumen 13, número 2, 2007. Talca, Chile: Universidad de Talca, 2007. p. 13 – 44.
- OTAROLA, Paulo. *Los principios formativos del proceso y el rol del juez en el proceso laboral chileno*. En *Estudios laborales / Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, número 3, 2008. Santiago de Chile: Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, 2008. p. 23 – 42.
- PALAVECINO, Claudio. *El retorno del inquisidor. Las potestades judiciales en materia probatoria en el procedimiento laboral chileno*. En *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, Número 13, julio-diciembre de 2011. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2011. p. 119 – 120.
- PALOMO, Diego. *Sobre los principios y reglas del nuevo modelo procesal civil chileno (análisis y conclusiones con la mirada en el Anteproyecto de nuevo CPC)*. Disponible en: <http://www.institutoderechoprocesal.org/upload/biblio/contenidos/PONENCIA_SEMINARIO__PROF1._DIEGO_PALOMO_V_.pdf>. [Fecha de consulta: 10 de Agosto 2013].
- PEYRANO, Jorge. *El principio de cooperación procesal*. Disponible en: <http://www.elateneo.org/documents/trabajosBajar/El_Principio_de_Cooperacion_Procesal.doc>. [Fecha de consulta: 22 de Agosto de 2013].
- PEYRANO, Jorge. *Sobre el activismo judicial*. Disponible en: <<http://www.elateneo.org/documents/trabajosBajar/activismo.pdf>>. [Fecha de consulta: 22 de Agosto de 2013].

- PICÓ I JUNOY, Joan. *El principio de la buena fe procesal*. Disponible en: <<http://www.justiciayderecho.org/revista4/articulos/EL%20PRINCIPIO%20DE%20LA%20BUENA%20FE%20PROCESAL%20Joan%20Pico%20i%20Junoi.pdf>>. [Fecha de consulta: 02 de Septiembre 2013].
- PRAT, Hernán. *La valoración de la conducta procesal de las partes en el proceso civil*. Disponible en: <http://www.cmfbas.org.ar/archivos/11_RP4-09-Valorac%20Cond%20Proc.pdf>. [Fecha de consulta: 02 de Septiembre de 2013].
- ROMERO, Alejandro. *Comentario a la sentencia de la Corte Suprema, 9 de mayo de 2001. El principio de la buena fe procesal y su desarrollo en la jurisprudencia, a la luz de la doctrina de los actos propios*. En *Revista Chilena de Derecho*, Volumen 30, número 1, 2003. Santiago de Chile: Pontificia Universidad Católica de Chile, 2003. p. 167 – 172.
- RUAY, Francisco. *El juicio de ponderación en el procedimiento de tutela laboral*. En *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Volumen 2, número 4, 2011. Santiago de Chile: Universidad de Chile, 2011. p. 143 – 163.