El libro es el producto del esfuerzo intelectual de un grupo humano que facilita su materialización.

Fotocopiar el libro va en perjuicio de todos quienes hacen posible esta obra impresa.

Respeta nuestro trabajo quizá tú también en un futuro seas un autor novel o editor connotado.

El contenido intelectual, investigación y originalidad de esta obra son de responsabilidad exclusiva de sus autores.

Oralidad y Prueba en el Código Orgánico General de Procesos
Osvaldo A. Gozaíni

ISBN 13: 978-9978-392-
Derechos de autor: 0
Edición Primera
Abril, 2018
Tiraje: 0 ejemplares

Diseño editorial. Portada & Diagramación
Ing. Roberto Cevallos Añasco
cevalloseditora@gmail.com

Revisión y Corrección Ortográfica
Staff Cevallos editora jurídica

Impresión
FR Ediciones

DEDICADO A

JOAN PICO I JUNOY
Y
CLAUDIA LAMAS GOMEZ

POR LARGOS Y FELICES AÑOS DE AMISTAD FRATERNAL

Índice General

Capítulo I: Las reglas de la oralidad y la escritura 11
1. La oralidad como principio; 2. Evolución de la oralidad; 3. Oralidad y principio de publicización (socialización del proceso civil); 4. La escritura como principio; 5. El principio de inmediación; 6. Ventajas de la oralidad; 7. Principio de publicidad; 8. El acceso a la información pública

Capítulo II: El principio de inmediación 35
1. Introducción; 2. El problema político de la inmediación; 3. La Ordenanza de Klein y su influencia en el principio de inmediación; 4. El Código italiano de 1940; 5. Consagración del principio de inmediación; 5. Desilusiones y críticas

Capítulo III: El principio de autoridad 55
1. Autoridad y autoritarismo; 2. La autoridad en el Código Procesal; 3. Análisis del artículo 80 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP): *3.1 Poderes jurisdiccionales de dirección; 3.2 Poderes disciplinarios; 3.3 El principio de moralidad en el proceso.*

Capítulo IV: El principio de intimidad 79
1. Artículo 7 del COGEP; 2. El habeas data como vía procesal; 3. La intimidad y los datos del proceso; 4. El derecho a que no se afecte la imagen personal con la difusión de los datos del juicio; 5. Fama y reputación; 6. El derecho a la reserva y confidencialidad; 7. El derecho al secreto.

Capítulo V: El principio de legalidad formal 103
1. El formalismo en el proceso civil; 2. Fundamentos del principio; 3. Modalidades; 4. Alcance; 5. Renuncia al formalismo por acuerdo entre partes; 6. Libertad judicial para establecer formalidades; 7. Exceso ritual manifiesto.

Capítulo VI: La buena fe en el proceso 125
1. Presentación del Código Orgánico General de Procesos (COGEP); 2. Planteos que trae el principio; 3. El principio de moralidad y buena fe en el proceso; 4. Grados de la buena fe; 5. La buena fe y la honestidad de la conducta; 6. La actuación contraria al principio de buena fe; 7. Conducta temeraria; 8. Lealtad; 9. La probidad en la conducta; 10. La doctrina de los propios actos; 11. ¿Existe el deber de veracidad?; 12. El abuso procesal.

Capítulo VII: El deber de decir verdad 163
1. La verdad en el proceso; 2. Verdad real y verdad formal; 3. La prueba como fijación de los hechos; 4. La prueba como actividad destinada a la certidumbre judicial; 5. La verdad retórica; 6. Sujetos obligados a decir la verdad.

Capítulo VIII: El principio dispositivo 185
1. Explicaciones previas; 2. El proceso individualista; 3. La publicización del proceso; 4. Dudas del principio dispositivo; 5. Misión constitucional del juez y el principio dispositivo; 6. El proceso inquisitivo; 7. Los hechos los aportan las partes; 8. ¿Puede el juez iniciar el proceso?; 9. El principio dispositivo y la iniciativa probatoria.

Capítulo IX: El proceso por audiencias 217
1. Introducción; 2. Los sistemas de enjuiciamiento; 3. La tendencia hacia la uniformidad procesal; 4. Características generales; 5. Poderes de dirección en el proceso por audiencias; 6. El proceso por audiencias del COGEP: *6.1 Conocimiento de los intervinientes; 6.2 Derecho de síntesis y trascendencia; 6.3 Derecho a la contradicción; 6.4 Informalismo (técnica del acuerdo negociado); 6.5 Comprensión y lenguaje; 6.6 Simplificación procesal.*

Capítulo X: La prueba en el proceso por audiencias 239
1. El derecho probatorio; 2. Derecho constitucional a la prueba; 3. La prueba y el derecho a la verdad; 4. Objeto de la prueba en el COGEP; 5. Necesidad probatoria; 6. El problema de fijar los puntos de debate.

Capítulo XI: Cuestiones probatorias 263
1. Diferencias entre objeto y necesidad de la prueba; 2. Los hechos y la prueba; 3. Presentación de los hechos y el anuncio probatorio; 4. Tipos de hechos; 5. Derecho de oposición; 6. Hechos exentos de prueba: *6.1 Hechos eximidos de prueba por actitudes de parte; 6.2 Situaciones objetivas que eximen de prueba; 6.3 Situaciones subjetivas que eximen de probar; 6.4 La naturaleza del hecho.*

Capítulo XII: Consideraciones finales 299
1. Los principios en el COGEP; 2. El principio de igualdad; 3. Principio de lealtad, probidad y buena fe; 4. Publicidad y control de la prueba; 5. Principio de imparcialidad e impartialidad; 6. Legalidad de la prueba; 7. Principio de originalidad; 8. Inmediación del juez en la prueba; 9. Concentración de la actividad probatoria; 10. Admisión y pertinencia de la prueba; 11. Principios de la evaluación de la prueba: *11.1 La adquisición de la prueba; 11.2 El principio de la unidad de prueba; 11.3 Utilidad de la prueba.*

Capítulo I

Las reglas de la oralidad y la escritura

1. La oralidad como principio

El sistema oral o escrito para los procedimientos es una decisión de política procesal cuyas ventajas o inconvenientes dependen de los operadores jurídicos que lo ejercitan.

Cuando los jueces eluden coincidir inmediación con oralidad, la proximidad con las partes se convierte en ocasional y potestativa; por su lado, si las partes no colaboran en la gestión del proceso verbal, poco se consigue sumando escritos y documentos que diluyen las ventajas posibles del acercamiento inmediato.

No obstante, la opción por la oralidad no fue producto de una elección de reglas para el debate, pues cuando se investiga en los orígenes del modelo se advierte que fueron razones de política procesal las que dieron razones y motivos que excedieron largamente la justificación de simplificar reglas y formalidades.

En efecto, la oralidad fue expuesta por Chiovenda como sinónimo de su pensamiento, claro que acompañada de dos principios más, concentración e inmediación procesal. La línea argumental toma cuerpo en la prolusión de 1901, en la Universidad de Roma cuando refiere a *"las formas en la defensa judicial*

del derecho"[1] y sostiene que la abolición de las solemnidades judiciales era una necesidad que podía quedar resuelta con algunos *medios directos*, como la oralidad, la relación inmediata entre la parte y el juez; y *medios indirectos* como la exclusión absoluta de las espórtulas judiciales[2].

En esta oportunidad se avizora la oposición que plantea al procedimiento tradicional, con dilaciones e incertidumbres y propenso a la discusión constante de todos los planteos. En 1906, dos hechos suscitan al unísono la aspiración por la oralidad en los juicios. Por un lado la edición de sus "*Principios*", y por otro, la conferencia dictada en el Círculo Jurídico de Nápoles (11 de marzo de 1906), cuando dice […]:

> "El ideal de nuestro tiempo sería que ninguna litis se perdiese por razones de forma. Más profundo y más grave aparece el contraste entre la dirección del pensamiento científico moderno, enemigo por naturaleza de todo prejuicio, de todo convencionalismo, de todo vínculo en la investigación de la verdad, y los límites de toda clase, positivos y negativos, que se ponen al pensamiento del juez en la investigación de la verdadera situación de hecho en las causas. De un lado, el juez no puede servirse por lo general más que de los medios de prueba que las partes presentan y proponen; algunos medios le están prohibidos enteramente, como el examen testimonial, fuera de ciertos límites; y, de todos modos, no puede hacer uso de ellos sino de acuerdo con determinadas reglas.
> ¿Qué más? En los juicios más graves no le es dado ni siquiera conocer personalmente a los litigantes, las afirmaciones de los cuales debe juzgar; por otro lado, él está obligado a considerar como verdaderos los hechos confesados, y a juzgar conforme al juramento prestado. La prueba legal tiene siempre un puesto importante en nuestro proceso civil; y el juez, aunque cumpla una función de Estado, es siempre el más pasivo de los funcionarios de Estado"[3].

1. Chiovenda, Giuseppe, *Ensayos de derecho procesal civil,* Volumen 2, Ejea, Buenos Aires, 1949, pp. 123 y ss.
2. Ibídem, p. 143.

Queda impreso con este razonamiento una clara y rotunda afirmación: un proceso de formas desnaturaliza el debate entre las partes, en cuyo caso las soluciones deben partir no desde el derecho procesal, sino desde las leyes, porque, en definitiva –se interroga– ¿no es éste un problema entero de la relación entre el Estado y el ciudadano, trasladado al campo del proceso civil? ¿No es el eterno conflicto entre la libertad individual y los poderes públicos?

Montero Aroca afirma que es realmente en la conferencia de 1909 (Círculo Jurídico de Roma, del 17 de abril de 1909) cuando Chiovenda establece de modo general y teórico cuál era el contenido del principio de oralidad, pero que la verdadera fundamentación está en los "*Principios*"[4].

3. Ibídem, p. 317.
4. Dice Montero (cfr. *La nueva ley de enjuiciamiento civil española y la oralidad,* Derecho, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2000, pp. 555/635) […]: "En marzo de 1906 pronuncia Chiovenda una conferencia en el Círculo Jurídico de Nápoles, con el título Las reformas procesales y las corrientes del pensamiento moderno, en la que después de una larga introducción sobre la importancia política y social del proceso civil, sobre la influencia de las reformas políticas en las leyes procesales, con alusión a tratados internacionales, afirma la inadecuación del Código procesal italiano de 1865 a las condiciones de la sociedad y de la cultura de la época, para concluir que la solución "no será fruto de una reforma legislativa, ni de una reforma radical, sino sólo de una lenta y profunda modificación de nuestra conciencia y de nuestros sentimientos". En este contexto de conservadurismo iluminado, de defensa de los abogados y de indeterminación de las reformas necesarias, hizo dos alusiones a la oralidad; una de pasada y otra algo más concreta, pero no para proponerla como modelo, sino sólo con referencia a Austria y a la Ordenanza de Klein. Dijo sólo que el proceso austríaco "ha spinto alle sue estreme applicazioni il principio della oralità; el mismo se basa en la concentración normal de todas las actividades procesales en una única audiencia, destinada a las alegaciones de fondo por las partes, a las pruebas, al debate" […]
   Estas dos únicas alusiones no pueden entenderse como el inicio de la propaganda sobre la oralidad. Este se encuentra en la conferencia pronunciada por Chiovenda en 1909, y en el Círculo Jurídico de Roma con el título El estado actual del proceso

Es cierto, pero no se pueden aislar las ideas escritas de las conferencias pronunciadas, porque cuando escribe los *Principios* recopila y sintetiza la historia italiana, para demostrar que la invasión de leyes extranjeras había sido un obstáculo para la evolución del derecho procesal. Allí señaló al *Reglamento general judicial* de José II (1781) de Austria, conocido como código Lombardo; luego, el *Código de procedimiento civil* francés que publican varios estados italianos a partir de 1806, e indica la influencia de otras legislaciones particulares de los Estados de Parma y Piacenza, entre otros.

Para Chiovenda los errores que advertía en toda esta legislación eran:

a) Excluían completamente la publicidad y la oralidad y toda inmediata relación entre el juez y los litigantes;
b) el sistema quedaba dominado por el poder dispositivo de las partes;
c) los estadios procesales se sostenían en la contestación, la réplica, la dúplica, la tríplica, la cuadruplica, debiendo el demandado, sin embargo, producir todas sus excepciones al mismo tiempo, sin poder el actor deducir en la réplica nuevas circunstancias y pruebas.
d) Se conservó también la sentencia probatoria del derecho germánico, aunque el pleito quedaba dividido en dos partes: una destinada a las *afirmaciones*, que terminaba con la sentencia ordenando la prueba; y otra destinada exclusivamente a las *pruebas* que terminaba con la sentencia definitiva.

civil en Italia y el proyecto Orlando de reformas procesales, pues en este otro texto sí se ocupa ampliamente de la oralidad y sí afirma que en ella se encuentra la reforma radical que Italia necesita.
Entre 1906 y 1909 se había producido un hecho aparentemente sin relación con el principio de oralidad, pero que va a condicionar todo el desarrollo del mismo y desde el inicio. El Maestro de Chiovenda, quien lo había hecho catedrático de la Universidad de Roma a la tempranísima edad de 34 años y por chiara *fama*, sufrió una repentina conversión que le llevó a ser apóstol de la idea de que "no podemos continuar manteniendo un derecho general que es inferior al de todos los otros pueblos civilizados". En estas circunstancias, ante un proyecto de ley que contenía pequeñas reformas y con un Maestro que se declaraba apóstol de la reforma radical, Chiovenda tuvo que abandonar su anterior posición de modificación de la conciencia y de los sentimientos para convertirse a la nueva fe de la reforma radical. Esa conversión consistió en llegar a ser el apóstol de la oralidad; su camino de Damasco fue indirecto, pues el converso primero fue Scialoja y Chiovenda lo fue sólo en segundo grado.

La crítica que expresa en la introducción de los *Principios* tiene un sentido y dirección. Chiovenda estaba elaborando una renovación del proceso civil imaginando un sistema diferente al tradicional, emparentado con la filosofía del "Código de Klein" de Austria, pero distinto en la dimensión de los poderes y deberes jurisdiccionales[5].

En efecto, la oralidad podía ser un sistema para el desarrollo de las actuaciones, pero también permitía un control activo sobre el desempeño de las partes, concentraba los actos y reducía la contradicción al mínimo imprescindible, desde que todas las alegaciones debían formularse al mismo tiempo. De este modo, las partes conservaban el poder dispositivo respecto del material (aporte de los hechos), siendo el juez quien asumía el control y la dirección del proceso, antes en manos de los litigantes.

5. A principios del siglo XX el ascendiente de la Ordenanza procesal austriaca era muy grande, y generaba resistencias en quienes mantenían con el peso de su autoridad científica los esquemas rituales del código sardo de 1865 que había sido adoptado como ley nacional al realizarse la unidad italiana. Tanto Mattirolo y aún más Mortara (1855-1936), eran hirientes con Chiovenda; el primero porque veía que el fulgor de su estrella se apagaba con el recién llegado, el segundo, porque siendo apenas mayor, sentía que pese a lograr ser reconocido con más lustre que su maestro (Mattirolo) no conseguía doblegar al "joven impetuoso y poco reflexivo" (cfr. Gozaíni, Osvaldo A., *Los protagonistas del derecho procesal. Desde Chiovenda a nuestros días,* Rubinzal Culzoni, Buenos Aires / Santa Fe, 2006, p. 33).

Al mismo tiempo, la oralidad permitía en el pensamiento de Chiovenda, facilitar el objetivo de todo proceso: la *actuación de la ley* […]

> "Este es el fin del proceso, no la defensa de derechos subjetivos, como muchos afirman, sino la actuación de esta garantía que es la ley […]. La actuación de la ley es el fin constante del proceso, sea fundada o infundada la demanda del actor; la sentencia que la acepta o que la rechaza es siempre actuación de la ley, esto es, afirmación de una voluntad positiva o negativa de la ley. El proceso no sirve a una parte o a la otra; sirve a quien tiene razón, según el criterio del juez"[6].

En suma, la oralidad se emplaza como un sistema político para la gestión judicial. Ella importa elegir más que un modo de expresión, porqué en la práctica supone trabajar con el material procesal (alegaciones, afirmaciones, ofrecimiento de prueba, etc.) que se presenta en la audiencia, sin recurrir a escritos o memorias; a diferencia del modelo escrito, donde el tribunal labora únicamente con el material suministrado por las partes a través de los escritos[7].

2. Evolución de la oralidad

La instrumentación verbal del debate contaba ya con fuerte presencia en el código de procedimiento civil de Hannover de 1850 (elaborado por Gerhard Adolf Wilhelm Leonhardt) y en Alemania la Z.P.O. lo consagró en 1877, tomándolo como "la piedra angular" de la reforma.

6. Chiovenda, José, *Principios de derecho procesal civil,* traducción de la 3ª ed. Emiliana por José Casais y Santaló, Tomo I, Reus, Madrid, 1977, p. 96.
7. Díaz, Clemente A., *Instituciones de derecho procesal,* Tomo I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1968, p. 314.

Schönke explicó que […]

> "El objetivo de un procedimiento con oralidad plena es muy difícil de alcanzar, pero de considerable importancia. Ha sido puesta de relieve también en el Decreto de aceleración e inmediación en el procedimiento, en donde se dice «el debate oral es la médula del procedimiento. Sólo de un debate oral regido por la inmediación y en el que reine la actividad, puede y debe el juez sacar su convicción […]. El requisito de la substanciación oral significa que no puede resolverse sin debate oral a una petición unilateral de la parte ni sin súplica ni debate de ambas partes. Además, sólo puede ser tenido en cuenta en la resolución lo alegado por las partes ante el Tribunal en el acto de la vista. No obstante, es admisible en el debate remitirse a escritos en cuanto no se oponga ninguna de las partes y el Tribunal lo estima pertinente. Concluido el último debate oral, no hay ya posibilidad en principio para escritos preparatorios. Otra cosa sucede si las partes han solicitado una resolución sin vista oral bajo reserva de que por ambas se puedan todavía, dentro de un determinado plazo, presentar escritos. Por lo demás, no pueden ser utilizados como fundamento de la sentencia, escritos que se hayan presentado después de concluir el último debate oral […]. Del principio de la oralidad síguese también el que la sentencia solamente pueda ser dictada por los jueces que han asistido al debate"[8].

La oralidad se consolidó en Europa hasta llegar a constituir un principio particular (el principio de oralidad) que fue adaptado por las legislaciones emergentes[9]. No obstante, con el paso del tiempo y, especialmente, por la escasa preparación del de-

8. Schönke, Adolfo, *Derecho Procesal Civil,* Bosch, Barcelona, 1950, p. 42.
9. Cappelletti dice que todos los códigos del siglo XX, desde el húngaro de 1911 (obra de Alejandro Plósz), al noruego de 1927, el polaco de 1933, el yugoslavo de 1929, hasta llegar al código federal suizo de 1947 y el sueco de 1948, así como las leyes de países socialistas de Europa, se han basado en el criterio de la relación inmediata y oral del juez con las partes y los otros sujetos del proceso (Cappelletti, Mauro, *El proceso civil en el derecho comparado,* Ejea, Buenos Aires, 1963, p. 54).

bate, la oralidad plena fue mitigada permitiéndose la introducción de alegaciones escritas. De este modo el desarrollo actual en Alemania admite alternar entre presentar por escrito las peticiones; requerir la celebración de una audiencia para expresar verbalmente lo que se quiere; y finalmente, puede haber regulaciones intermedias mixtas[10].

Prácticamente lo mismo sucedió en Italia, que tras la prédica de Chiovenda, finalmente consagrada en el código de 1940, se desvirtúa en 1948 cuando de alguna manera se vuelve al proceso sumario.

Irónicamente dijo Allorio […]

> "Ya se sabía todo esto. Que el código de 1940 realiza una forma de oralidad sin inmediación y sin concentración, y por esto mismo, limitada y de reducido rendimiento, no es absolutamente novedad. Es igualmente conocido que el sistema adoptado por el código fue resultado de un compromiso entre exigencias ideales y concretas posibilidades técnicas. Lo *optimum* habría consistido en la instrucción confiada al mismo órgano decisor, al colegio; mas la escasez del personal judicial no permitía realizarlo. Y puesto que, por otra parte, no había encontrado favor la idea del juez único, emergente en los proyectos Solmi, se tomó por una vía intermedia"[11].

En definitiva lo que sucedió fue que no logró la oralidad una fórmula pura, en el sentido de desenvolver todas las actuaciones en forma verbal y ante el juez de la causa. Hubo preeminencia de lo escrito, o un predominio de la oralidad, recibiendo cada forma la influencia del otro.

10. Leible, Stefan, *Proceso Civil Alemán,* Dike - Konrad Adenauer Stiftung, Medellín, 1999, p. 141.
11. Allorio, Enrico, *Problemas de derecho procesal,* Tomo I, Ejea, Buenos Aires, 1963, p. 339.

Guasp reconoce justamente que el predominio de la oralidad pareció ser un axioma procesal que fue perdiendo el carácter de indiscutible como alguna vez llegó a pensarse […],

> "pero no es menos cierto que esta alteración no se debe tanto a un fracaso experimental del sistema, como al deseo de llegar a una combinación de direcciones de la que se espera mayor rendimiento que el que en sí pudiera dar la oralidad"[12].

3. Oralidad y principio de publicización (socialización del proceso civil)

La influencia del modelo de Klein, con las adaptaciones que introdujo Chiovenda, y las modificaciones habidas en los ordenamientos procesales de cada país, pergeñó un cambio filosófico en la forma de mirar el desempeño procesal.

Dice Cappelletti que la idea es muy simple […],

> "significa que el proceso civil, aun siendo un instrumento dirigido a la tutela de los derechos (normalmente) privados, representa, sin embargo, al mismo tiempo, una función pública del Estado. Tratándose de una función pública –al igual que las funciones legislativas y administrativas– hay que considerar que el Estado mismo, y no solamente las partes privadas, está interesado en un ordenado, rápido, orgánico, imparcial ejercicio de aquella función; que esta interesado, en suma, en realizar e imponer el mejor posible modo de llevar a cabo aquella función. La consecuencia práctica más evidente de esta idea es la siguiente: que las partes privadas, aun siendo libres de disponer de los derechos sustanciales deducidos en juicio, o sea del objeto del proceso, no son libres, sin embargo (o, por lo menos,

12. Guasp, Jaime, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil,* Aguilar, Madrid, 1943, p. 689.

no son completamente libres) de disponer a su gusto también del proceso mismo, o sea del instrumento procesal. En otras palabras, las mismas no son libres de determinar a su gusto el modo como el proceso debe desenvolverse"[13].

El protagonismo del juez era imprescindible en la oralidad, y se proyectó como una ineludible consecuencia del principio de inmediación; a diferencia del sistema escrito decimonónico que pretendió la total neutralidad del juez, ubicado en el desarrollo del proceso solo en la etapa final de decisión.

De todos modos, la inmediación sin oralidad (procedimiento donde predomina el desarrollo escrito) es posible, y anuda en los poderes y deberes del juez la actividad directora que de él se espera; así como en los procesos mixtos, como el llamado "juicio por audiencias" favorece la concentración y el desarrollo verbal de la instancia.

El planteo de las pretensiones en debate oral no se logró instalar con la eficacia que el modelo tuvo en vista; por eso, la etapa proposicional escrita fue predilecta, dejando lo verbal actuado para la etapa de deliberación probatoria.

Desde entonces, se trata de resolver si es mejor el método que permite al juez analizar directamente los hechos y las alegaciones, oyendo a las partes para dictar posterior sentencia; o si es preferible llegar a esta instancia una vez cumplidas distintas etapas compiladas en el expediente. Va de suyo, que la presentación del dilema ofrece una primera experiencia: no existen procesos absolutamente orales, ni totalmente escritos, pues unos y otros reciben en algún momento pasajes de ambos tipos de expresión.

Por eso, también, el enfrentamiento entre oralidad y escritura diseña una polémica real en torno a derivaciones de sus

13. Cappelletti, ob. cit., p.45.

postulados, más que a la pureza y eficacia que persiguen sus idealizaciones. En consecuencia, la crisis asienta en los problemas de la inmediación, la concentración y la publicidad, entre otros aspectos; pero el punto neurálgico radica en desentrañar la verdadera naturaleza de uno y otro principio.

A estos fines puede constatarse que no existen, como anticipamos, procesos totalmente escritos u orales, sino, más bien, procedimientos que mezclan ambos generando un predominio manifiesto de alguno de ellos. En general la instancia de apertura (demanda) es escrita, como también lo son el responde, las excepciones y defensas. Sin embargo esta característica no es suficiente ni otorga ventajas prácticas para elucidar la conveniencia de optar por un medio de los mentados para expresar la voluntad.

Lo fundamental debe atender dos cuestiones esenciales: la primera recibe de la actividad procesal el dato que comprueba la adscripción a uno u otro mecanismo, sin comprender que haya oralidad o escritura en el proceso, por el sólo hecho de la forma de instaurar la demanda. Adelantando conclusiones, advertimos que tampoco el tránsito absoluto por la oralidad, en las etapas consecutivas, instalará en ese campo al proceso, toda vez que es posible constatar la presencia de actos escritos en otros ciclos, o en la misma sentencia.

En segundo lugar, resulta contundente como elemento de distinción, ver la incidencia del material suministrado por escrito o recogido en actos14 para pronunciarse sobre el mérito de la causa. Como el primer componente no tiene respuestas sin fisuras, es conveniente adoptar como temperamento el predominio procesal de uno de los sistemas.

Descartemos la etapa introductiva para mostrar la condición del procedimiento, dado que si referimos exclusivamente

14. Díaz, Clemente, *Instituciones*…, tomo I, cit., p. 314.

al proceso civil y comercial, no aparece en esta instancia ninguna alegación verbal. La nota definitoria, entonces, escala en la etapa probatoria, y en esta coinciden tres hechos destacables para reconocer la importancia de un mecanismo sobre otro.

La señal más próxima se manifiesta en la forma como va a producirse el acto de demostración, en cuyo caso, el ordenamiento jurídico puede exigir que sea cumplido "en presencia de otras personas, bien sean estas personas los destinatarios finales del acto mismo o no"[15].

Al respecto señala Guasp […]:

> "El principio de la inmediatividad que ofrece particular interés en lo que se refiere a los actos de prueba se muestra más importante en cuanto a su aplicación en un proceso de tipo oral que de tipo escrito, no en el sentido de que en este último no sea posible o conveniente, sino en el que en aquel resulta indispensable para que las ventajas de la oralidad no queden malogradas; esto explica el que, aunque por razones diversas, también haya perdido el principio de la inmediatividad el carácter indiscutible que antes tenía *ex iure condendo*; la división que hoy parece afirmarse entre instrucción y fallo del proceso confiada cada uno a órganos jurisdiccionales independientes, demuestra en efecto, la crisis del principio"[16].

Seguidamente, el rumbo lo ilumina la secuencia con que se producen las actuaciones, de modo tal que la prueba concita sucesivas audiencias; o se reúne en un acto de concentración procesal, o se emite de viva voz ante la autoridad encargada de recibirla. De este modo, es dable comprobar en los actos preclusivos la presencia del sistema escrito, tanto como ocurre en la concentración procesal que se expresa mediante actos exclusivamente redactados previamente, o que se levantan en actas circunstanciadas del relato que otros aportan (oralidad actuada). La oralidad estará presente cuando el acceso a la prueba sea inmediata y el tribunal la perciba sin necesidad de memorizarla por escrito.

15. Guasp, *Comentarios*…, tomo I, cit., p. 690.
16. Guasp, *Comentarios*…, tomo I, cit., p. 691.

Finalmente, esta caracterización pondera el tiempo que fracciona el desenvolvimiento de los tipos, porque mientras la oralidad persigue culminar el proceso en el menor número de actos; la escritura conlleva un orden secuencial, preclusivo y ordenado, (generalmente formal) para desarrollar el litigio.

> Bien dice Fairén Guillén que "la oralidad produce la necesidad de evacuar todo el material de la instrucción en una o varias sesiones ante el tribunal lo más próximas posibles, es decir promueve la concentración del material y del procedimiento, hecho posible también gracias a la facultad de interrogación y esclarecimiento de los jueces derivada del principio oficial"[17].

4. La escritura como principio

De alguna manera el principio de la escritura en los procesos convalida el criterio de desconfianza en el juzgador. Implícitamente se lo quiere al juez como lector de las prédicas y resolutor de los conflictos. Ha de juzgar sobre la base de los escritos sin entrar en contacto con las partes y menos aun con los testigos y demás partícipes.

Explica Cappelletti que […],

> "la escritura se consideraba casi como un escudo del juez contra las tentaciones y los peligros de la parcialidad. La

17. Fairén Fuillén, Víctor, *La elaboración de una doctrina general de los principios del procedimiento*, Revista de Derecho Procesal, 1949-I, Ediar, Buenos Aires. p. 287

misma era, en realidad, la barrera, el diafragma que separaba al juez del proceso y de aquellos que del proceso son los verdaderos protagonistas privados: sobre todo, las partes y los testigos"[18].

Lo cierto es que pese a estas características, lo escrito diagramó buena parte de los códigos procesales latinoamericanos, quizás por la influencia de la ley de enjuiciamiento civil española que, como vimos, desalentó con su práctica el modelo oral que contenía.

El procedimiento escrito se estructura sobre la base de la sustanciación de los actos, lo que supone respetar a ultranza el principio según el cual "debe oírse a la otra parte". Para cumplir con la regla, toda petición que incida sobre el derecho de la oponente debe ser conocida por la otra, quien toma conocimiento a través de medios de comunicación que conservan el acto y lo incorporan al expediente como un documento indubitado (público).

El tipo procedimental que corresponde a esta modalidad, otorga ciertas concesiones a la oralidad en los casos del informe "in voce" que se autoriza a formular ante las cámaras de apelaciones cuando se trata de agravios contra la sentencia definitiva y se ha producido prueba en segunda instancia[19]. En cambio la oralidad, por sí misma, no tiene ventaja alguna si no es completada o integrada con otros principios que la nutren de valor intrínseco.

18. Cappelletti, ob. cit., p. 49.
19. Palacio, Lino E., *Derecho Procesal Civil*, Tomo I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1979, p. 270

5. El principio de inmediación

Lo esencial para la eficacia de cualquier sistema está en la inmediación del órgano judicial, vale decir, en la presencia del juez en la dirección de los actos del proceso. El modelo del proceso por audiencias combina oralidad en las actuaciones con expresiones escritas, debiendo afinar mejor algunas situaciones que debiendo ser totalmente verbales, terminan reflejando lo actuado en actas que vuelcan la forma de expresión en un documento escrito. Este mecanismo conspira con la eficacia que del sistema se espera.

En el capítulo siguiente nos ocuparemos del mismo. Veamos ahora que ventajas puede tener la escritura sobre la oralidad:

a) Fija documentalmente la expresión y voluntad de las partes, permitiendo conocer en todo tiempo las manifestaciones de ellas, constatando la evolución del pensamiento y la seriedad de su compromiso hacia la verdad y razón de sus conductas.
b) Admite pensar en la reflexión serena del juez a la hora de dictar sentencia, alejando los peligros de la improvisación y la ligereza.
c) Mediatiza el peligro de la retórica forense y del exceso en la elocuencia con que se expresan quienes hacen de la verborragia la manera común de convencer al justiciable y al órgano judicial.
d) El procedimiento escrito abarata el costo del proceso, aún cuando sea opinable este criterio.

Los inconvenientes serían los siguientes:

a) La solemnidad exigida para formalizar la presentación de los actos genera el riesgo de desecharlos por no revestir la

coloración ritual exigida. Asimismo, el sistema acuñado es lento y fatigoso porque obliga a correr plazos de vistas y traslados con sus tiempos para oír al contrario.

b) La obligación escrita no previene el exceso verborrágico, porque, a contrario sensu, la misma expresión latosa y abundante puede vertirse por escrito, e inclusive, utilizar ese medio para introducir ambigüedad y desconcierto.

c) La realidad práctica reconoce que en el proceso escrito la inmediación es pura esperanza, e ideología, posibilitando la delegación de actos vitales del juicio en los auxiliares de la jurisdicción. Tal contingencia, sobre todo en la etapa de prueba, puede llevar al juez a incurrir en errores cuando valora los hechos y las pruebas, pues la reproducción en actas, habitualmente, no es precisa ni exhaustiva.

6. Ventajas de la oralidad

De su parte, la oralidad resulta conveniente por estos motivos:

a) Facilita el entendimiento con las partes de una manera franca y directa, eliminado el subterfugio o la habilidad para persuadir sin derecho. La inmediación es el pilar del principio, imposibilitando la delegación de funciones, que son tan importantes en la prueba.

b) La búsqueda de la verdad cuenta con el magnífico encuadre de la investigación y requerimiento directo, soslayando el sofisma habitual que encierran las audiencias del proceso escrito. Es decir, que para lograr el perfil adecuado, es imprescindible la presencia del juez en las etapas donde comparecen las partes para aportar hechos, pruebas y alegaciones de mérito, so riesgo de vulnerar los beneficios que se obtienen de la proximidad.

Correctamente dice Lascano que […],

> "el lugar que corresponde a la oralidad está en la prueba; cuando no hay prueba la oralidad no es necesaria y ni siquiera conveniente, a menos que se trate de cuestiones simples, fáciles de considerar y resolver de inmediato. La ventaja primordial de la expresión verbal radica precisamente en que constituye un medio que conduce a una más exacta expresión de la realidad de los hechos. Eso es lo que en definitiva destacan los autores de todas las épocas –desde Bentham a Chiovenda–, que han hecho el elogio apasionado del procedimiento oral. La mayor facilidad con que se ha incorporado la oralidad en el procedimiento penal de casi todos los países, se debe en gran parte, a que en lo criminal, el objeto materia del proceso es el delito, vale decir, un hecho material susceptible de probarse. El asunto de derecho, la cuestión legal, constituye algo accesorio, que no llega a absorber el debate sino la excepción. Son los hechos y las complicaciones de los mismos los que atraen la atención y el interés de las partes, el juez y el público, ansiosos todos de llegar al descubrimiento de la verdad; y como el descubrimiento de la verdad es la razón de ser y objetivo primordial de la instrucción, se explica que se utilice el medio m s idóneo para conseguirlo"[20].

c) La oralidad se fundamenta en la desformalización del proceso, porque, parafraseando una cita de Chiovenda […],

> "la escritura, como dice Sócrates, es cosa muerta. No satisface plenamente nuestra curiosidad, no responde a nuestras dudas, no nos presenta los infinitos aspectos posibles de la misma cosa. En la viva voz, habla también el rostro, los ojos, el color, el movimiento, el tono de la voz, la manera de decir y tantas otras diversas pequeñas circunstancias que modifican y desarrollan el sentido de las palabras; y suministran tantos indicios en favor o en contra las afirmaciones de las palabras. La lengua muda es la elocuencia del cuerpo, va-

20. Lascano, David, *Proyecto de código de procedimiento civil y comercial,* La Ley, 1935, La Plata, 1957.

liéndose de la frase de Tulio como más interesante, es también más verídica que las palabras, y puede ocultar menos la verdad. Todos los signos percibidos se pierden en la escritura muda y faltan al juez los argumentos más claros y ciertos"[21].

d) El proceso es esencialmente público, tanto para las partes, como para la sociedad toda, que a su vez conlleva el control público de la actividad jurisdiccional. La publicidad del sistema beneficia la verdad final que se consigue, sea por la depuración que se decanta del material postulado en la etapa introductiva; o bien, de las declaraciones de los terceros allegados a la causa que aún deformando deliberadamente la realidad, puede encausarse por el juez o requerirse las interpretaciones necesarias. Va de suyo, que la "majestad de la justicia", presente y vista por los testigos, elimina toda suspicacia de la falsedad o inducción del deponente.

e) La práctica oral, evita, o por lo menos inutiliza, la "chicana" procesal, porque la conducta obstruccionista tiene respuesta inmediata y solución tempestiva. La ausencia de escrúpulos es una fantasía en la oralidad, con las excepciones que naturalmente la praxis suele ofrecer.

Sin embargo, la oralidad es resistida y muestra en el paso de la historia estos reveses:

a) Si existe una crisis en la práctica del juicio oral es producto de las necesidades que el sistema requiere. Son inversiones de infraestructura y en recursos humanos que suelen postergarse, convirtiendo la necesidad de aplicación pura, en estructuras judiciales que comparten la actividad judicial en procesos escritos y orales que pocas veces pueden convivir en armonía.

b) Los principales reparos a la oralidad fueron presentados por las asociaciones de abogados, sosteniendo que la instauración de tal tipología arrasa con la cuantificación del

21. Chiovenda, *Principios...,* tomo II, cit., p. 132.

trabajo porque obliga a una atención directa, puntual y precisa, con días enteros de dedicación. Por otra parte, agregaron, es una medida que lleva a asociar el trabajo profesional ante la posibilidad de superposición de audiencias, limitando el crédito de honorarios y haciendo, en consecuencia, más oneroso al proceso.

c) La justicia entendió que la oralidad requería una magistratura especializada, o al menos, una preparación previa que los educara en el método. No hay que olvidar que, de alguna manera, el juicio oral desplaza la evaluación meditada y serena, con la rapidez que exige la inmediatividad.

Ambos aspectos fueron anotados señalándose que […]

"el problema de la oralidad-escritura no tiene solución absoluta […] porque no sólo depende de factores técnicos procesales, sino también de otros, como son la idiosincrasia y la educación social, política y jurídica de los individuos y los pueblos"[22].

Un reexamen del modelo impone considerar los desatinos que han generalizado su desventura. Globalmente la crítica sospecha sobre la verdadera celeridad que ofrece porque, la realidad muestra que los procesos orales son aún más lentos que los escritos.

A veces ello se constata no porque haya fallas estructurales del método sino un cúmulo increíble de expedientes que impide racionalizar el trabajo; la deficiencia en la infraestructura judicial; el escaso número de jueces para la oralidad; los padecimientos para realizar las pruebas periciales con la inmediación necesaria; la falta de cooperación de los abogados; el disfavor de las autoridades para mejorar el sistema, etc. todo ello completa un cuadro distorsionado que lleva a creer que el proceso oral no es la mejor respuesta para los males endémicos del sistema escrito.

22. Fairén Guillén, ob. cit., p. 423.

Es cierto también, que la oralidad requiere ajustes metodológicos y prácticos, basados en la consecuencia de establecer no un sistema absolutamente puro, sino combinado con la escritura. En efecto, existen pasajes concretos del proceso oral o por audiencias, que necesitan una reeducación funcional.

La rebeldía, la incontestación de la demanda, o la incomparecencia a estar a derecho necesitan evaluar el sentido del silencio en este procedimiento ¿Porqué continuar su trámite, cuando la dinámica de las cargas y obligaciones, habría convertido el litigio, en una cuestión de puro derecho?

7. Principio de publicidad

La tarea dogmática e informadora de la publicidad puede fraccionar sus intereses en estos sentidos:

Como *garantía constitucional* integrada a la noción de "debido proceso", por cuanto refleja los actos del Poder Judicial, transformando el silogismo que para el público tiene el proceso en una noción deductiva y comprensible para quienes nada conocen de leyes.

De suyo, importa también corporizar el sentido de responsabilidad social de los jueces, esto es, la responsabilidad no ya enfocada en función del prestigio e independencia del Poder Judicial, ni del poder de un ente abstracto como es el Estado, ni de algo que se personifique en gobernantes, grupos o individuos determinados. Ella debe ser entendida en función de los usuarios del servicio de justicia, de ahí que combina la imparcialidad y la objetividad de los jueces con un adecuado porcentaje de responsabilidad social, requerido tanto a la sociedad como a quienes forman parte de ella y que son los auténticos destinatarios de dicho servicio[23].

La *publicidad interna del proceso*, se desenvuelve en el principio regulando los actos que pueden trascender hacia afuera o que, por su contenido, quedan sólo en conocimiento de las partes. En este aspecto, conviene advertir que la naturaleza pública del proceso, impide la existencia de procedimientos secretos para las partes. Estas deben igualarse en las reglas de la bilateralidad, porque si el contradictorio se anula, también se anula el proceso como institución regular.

La publicidad interna del proceso se destaca en las disposiciones que se ocupan de las audiencias (con asistencia o no del público, según lo disponga el juzgado); en el acceso al expediente (pueden solicitarlo partes e interesados, o solo quienes acrediten intervención en él), en las formas de cumplir ciertas notificaciones (copias en sobre cerrado por la índole secreta del conflicto), entre otros.

El *principio de publicidad* interesa al proceso como manifestación exterior de sus actos. No ocupa, en este sentido, tanto el interés de las partes, como sí el acceso que tiene el público en general para conocer sus problemas internos. Cabe distinguir aquí entre publicidad activa, cuando el público participa directamente "viviendo el proceso"; de la publicidad pasiva, cuando el público toma noticia del proceso sin haberlo presenciado.

En estos casos la publicidad del proceso cobra relevancia por su incidencia en otros derechos de la persona, como son el derecho a la intimidad o el de protección de datos personales.

23. Cappelletti, Mauro, *La responsabilidad social de los Jueces*, Platense, La Plata, 1987, p. 99.

Por ejemplo, el registro de antecedentes penales, o el de sentencias, o toda información que surja de un expediente judicial, debe permitir al interesado el derecho de exigir que la información que se transmita sea únicamente respecto a la decisión final adoptada sin agregados. Si la sentencia decide la exclusión del hogar de una persona y el embargo de sus bienes, no se podría complementar la información indicando cuales son los inmuebles o valores afectados ni el lugar del que se lo excluye.

> El Consejo de Europa ha recomendado la eliminación inmediata de todo dato personal que no sea necesario para el sumario policial, a cuyo fin se establecen tres categorías de actuaciones de investigación: en primer lugar las dirigidas a prevenir o, en su caso, reprimir amenazas graves e inminentes para la defensa del Estado, orden y seguridad pública, siempre que sean cometidas por bandas o grupos organizados; en segundo lugar, las previstas para prevenir otros peligros reales para la seguridad pública, distintos de los anteriores; y en tercer lugar, las que reprimen infracciones penales que requieran la utilización de datos personales, sean o no especialmente protegidos.

8. El principio de acceso a la información pública

Todos los actos de la administración son públicos. Los interesados tienen derecho a obtener, en cualquier tiempo, informes, copias, reproducciones y certificaciones que soliciten y la exhibición de los expedientes que deseen consultar, salvo que se trate de asuntos militares, o diplomáticos de seguridad nacional o de datos suministrados por particulares bajo garantía de confidencia.

Este principio que informa la garantía del ciudadano como control sobre la administración pública, se puede explanar en el

campo judicial como derecho de acceso al expediente como "cosa pública".

Sin embargo, hay que diferenciar el derecho a obtener información que se puede exigir al Estado mediante el requerimiento a una conducta determinada; de aquel que le corresponde al interesado en saber los sucesos de un expediente judicial.

En el primer caso, el derecho a la publicidad de los actos administrativos, responde a las garantías de fiscalización pública que se tienen en un sistema democrático y republicano; en cambio, la información judicial puede ser secreta o reservada de conformidad con la índole de las cuestiones que se desenvuelven. En estos casos, el acceso puede ser prohibido sin mella en garantía alguna.

Reunidos los derechos se espejan con los intereses en juego y por consiguiente en la necesidad de ser armonizados para encontrar un ecuánime balance entre la necesidad de confidencialidad del gobierno y el de la información del público y la prensa, amén de la promoción de la democracia. Esta finalidad que determina el marco de la institución que nos ocupa ha marcado sus límites en los cuales al ser el Estado, por así decirlo, el sujeto pasivo de la relación jurídica que se entabla son diferentes de los trazados al derecho a la información, en relación con la vida privada y el derecho de acceso a la información personal. Sus límites están fijados por razones de interés estatal: seguridad, defensa, secretos diplomáticos, de interés social: averiguación de delitos: o de interés de terceros: protección de la intimidad de terceros, datos suministrados por particulares bajo garantía de confidencia.

En nuestra opinión, el derecho de acceso previsto como un derecho a la información, no se puede confundir con el derecho de entrada o conocimiento de las actuaciones adminis-

trativas, documentos o archivos de carácter público. Si la inteligencia que se acuerde a la norma fundamental es demasiado amplia, podría llegarse a vulnerar aspectos importantes del secreto y confidencialidad que tiene el Estado y los mismos particulares para que no revele información que es naturalmente confidencial[24].

24. Gozaíni, Osvaldo A., *Derecho Procesal Constitucional – Hábeas Data,* Rubinzal Culzoni, Buenos Aires / Santa Fe, 2001, p. 156.

Capítulo II

El principio de inmediación

1. Introducción

Con la inmediación se propicia que el juez o tribunal se encuentre en permanente e íntima vinculación personal con los sujetos y elementos que intervienen en el proceso, recibiendo directamente las alegaciones de las partes y las aportaciones probatorias; a fin de que pueda conocer en toda su significación el material de la causa, desde el principio de ella y hasta su culminación[25].

La inmediación es una regla pero también puede convertirse en un principio instructor cuando señale la forma cardinal para desarrollar un procedimiento judicial. Es esencial e ineludible en el proceso oral; imprescindible en los juicios por audiencias; y facultativo en los de trámite escrito.

Eisner sostiene que es un principio porque se trata, precisamente, de una pauta o criterio orientador que procura conformar las normas procesales y de organización judicial de modo tal que obtenga las finalidades que persigue[26]. En cambio, Palacio dice que es un principio cuando se referencia a los procesos orales, porque en ellos el contacto personal y directo del juez o tribunal con todo el material del proceso, es una exigencia que excluye cualquier medio indirecto de conocimiento judicial. Pero en el

25. Eisner, Isidoro, *El principio de inmediación,* Depalma, Buenos Aires, 1963, p. 33.
26. Eisner, ob. cit., p. 33.

proceso escrito, no opera como principio salvo que se lo interprete con importantes limitaciones, que al fin de cuentas, observa que la inmediación sólo radica en imponer la presencia del juez en la ejecución de la prueba que se deba recibir en audiencias[27].

Sin dejar lugar a dudas, Clemente Díaz afirma que es una *regla* o *máxima*, que postula la comunicación personal del juez con las partes y el contacto directo de aquél con los actos de adquisición de las pruebas, como instrumento para llegar a una íntima compenetración de los intereses en juego a través del proceso y de su objeto litigioso[28].

Por ello admite que la regla se aplica a los procesos orales como a los escritos siempre que estén reunidas las siguientes características:

a) La presencia de los sujetos y personas procesales ante el juez;
b) La falta de un intermediario judicial entre las cosas y personas del proceso y el juez; y
c) La identidad física entre el juez que tuvo contacto con las partes y el que dictará la sentencia[29].

2. El problema político de la inmediación

Al juez se lo puede adoptar como una pieza o engranaje del proceso que actúa al tiempo de resolver; o asignándole un rol activo que dirija el procedimiento conforme sus convicciones. Al primero suele llamarse "juez espectador", al restante "juez director".

27. Palacio, Lino Enrique, *Manual de Derecho Procesal Civil,* Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1965, p. 139.
28. Díaz, Clemente A., *Instituciones de derecho procesal*, Tomo I (Introducción), Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1968, p. 380.
29. Díaz, ob. cit., p. 382.

Esto no fue un problema en la historia del proceso, sino hasta el siglo XX; en el derecho romano la relación entre juez y partes era próxima y constante; las actuaciones se cumplieron en todas sus etapas (acciones de la ley, período formulario y sistema extraordinario) ante el magistrado, modificándose la costumbre con la influencia de la iglesia, que transforma al proceso en romano-canónico, permitiendo la delegación hacia instructores que recibían la prueba.

En cambio, el fenómeno era desigual en los germanos. El procedimiento no tenía el mismo lineamiento, toda vez que en la Edad Media el sistema judicial fue diametralmente distinto al racional que se elaboraba desde las normas del Imperio, porque dominaban juicios divinos e invocaciones supremas de corte místico. No había procedimientos por cuestiones, sino enjuiciamientos comunes para lo privado y lo público, lo civil o lo penal. Es un proceso entre partes, configura casi una lucha de intereses. El trámite es oral y público, completamente ocupado de ritos y solemnidades, muchos de ellos de carácter religioso [(30)] como fueron las "Ordalías". Además, contra la sentencia no había recursos, lo que era lógico si consideramos que el fallo era producto de la voluntad divina. La innovación más importante se alcanza en la prueba, que se torna racional abandonando deidades. Estas características restaban importancia a la presencia del juez en las etapas transitadas

La Europa continental de los siglos siguientes abandonó la idea del juez presente, descansando la tarea de examinar a testigos y partes en informantes a quienes se delegaba esa labor.

30. La invitación a comparecer ante el tribunal, formulada por la parte demandante ante testigos, se llamaba *mannitio* y era el acto inicial del proceso que, como dice Brunner, era esencialmente público y oral y descansaba por entero en el principio acusatorio, de manera que estaban abandonadas a las partes la iniciación y la continuación del proceso; apareciendo así como su cúspide lógica los contratos procesales entre los litigantes. La autoridad del tribunal era muy limitada y en parte venía a quedar sustituida por la coacción jurídica del formalismo (cfr. *Historia del Derecho Germánico*, Labor, Barcelona, 1936, p. 24).

Con la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855 la cuestión parece adoptar un cambio. Basándose en las Leyes de Partidas se ordenó que la prueba de testigos se cumpliera personalmente ante el juez, y si éste no podía estar presente, se podía esperar hasta quince (15) días su producción. El art. 33 estableció que: "*Los jueces y ministros ponentes de los tribunales colegiados recibirán por sí las declaraciones y presidirán todos los actos de la prueba*". No obstante, la norma tuvo muchas vías de escape y continuó la delegación operando como regla, sin dar lugar a nulidad alguna.

Focalizada la cuestión en términos de ordenamientos legales, vemos que la influencia española se hace sentir rotundamente en Latinoamérica, que aplica a pie juntillas las leyes de 1855 y de 1881 que establecen el sistema escrito, formal y displicente con la inmediación (se le ordena como facultad). Por su lado, quienes siguieron el curso de la Ordenanza Procesal Civil alemana de 1877 generalizaron el uso de la oralidad en sus procedimientos, integrada a los principios de inmediación y concentración.

Es cierto –dice Eisner– […],

> "que bajo el régimen de esta ley la oralidad se llevó a sus formas más exageradas, al punto de no atribuirse valor a ninguna manifestación o petición de las partes si no era objeto de una alegación verbal ante el mismo tribunal, y sólo ésta era tenida en cuenta, aunque además se registrara por escrito en el protocolo. Pero de todos modos de allí partió el principio saludable que luego, y en formas más razonables o atemperadas, se consagró en otras leyes procesales de la época…"[31].

31. Eisner, ob. cit., p. 56.

3. La Ordenanza de Klein y su influencia en el principio de inmediación

Con la Ordenanza austríaca que enseguida hacemos referencia, comienza una etapa nueva en los grandes períodos de formación de modelos procesales. Inicia el llamado "proceso social" que abandona el modelo liberal caracterizado, para todos, por el Código Procesal Civil Napoleónico de 1806[32].

El proceso oral, concentrado o por audiencias fue la idea central de la célebre reforma procesal de Franz Klein, que transformó el llamado proceso común europeo. Las grandes líneas de la innovación se basan en mirar al proceso desde la perspectiva del interés público, sin abandonar la que tienen los litigantes, pero aumentando sensiblemente los poderes del juez respecto de éstos.

El proceso comienza con planteos escritos que concretan el objeto de la controversia; luego, se pasa a una audiencia central (preliminar) que tiene una diversidad de objetivos. La audiencia la dirige el juez, personalmente, incentivando así, notablemente, el principio de inmediación. En el desarrollo debe propiciar fórmulas conciliatorias, examinar y resolver las excepciones pendientes que se hubieran opuesto con relación a presupuestos procesales (principio de saneamiento), debe fijar el tema a decidir y la prueba destinada a forjar la confirmación de lo pedido. Cumplido, la etapa de verificación se realiza en audiencias donde la presencia del juez es inevitable.

32. Gimeno Sendra, Vicente, *Observaciones al proyecto de ley de enjuiciamiento civil española desde el derecho procesal europeo,* Universidad de educación a distancia, Publicaciones – Debate, nº 2, donde dice que dicho código francés estaba informado por los principios de oralidad absoluta, inmediación, celeridad (a través de la concentración y supresión de instancias) y valoración mixta (tasada y libre) de la prueba, que acabó, a lo largo del siglo XIX, instaurándose en la mayoría de los países europeos (así, por ejemplo, las Ordenanzas de Hannover).

Este modelo revirtió el sistema escrito dando paso a la oralidad, cuestión que por aquél tiempo no fue solamente una variación en las reglas, sino una verdadera decisión de política judicial. Es cierto que, el modelo de la justicia civil social no supuso una abolición total del modelo liberal, porque en realidad lo complementa en función de perseguir una mayor concentración de los actos en vías de auspiciar la mayor celeridad procesal. También lo es que la mudanza de roles del tribunal, antes pasivo, aventuró una polémica que aún persiste.

Además, la doctrina encontró que con este sistema se beneficiaba al principio de la verdad, que excedía en mucho la regla de comportarse en forma leal y honesta, instalando una regla moral en el proceso[33].

Cappelletti, admirador explícito del mecanismo instaurado, sostuvo que […],

> "esto es un instrumento para el bienestar social. En tal concepción *social* de la justicia, la función del juez deja de ser la de un árbitro apartado, que sin intervenir nunca en la conducción del proceso, se limita a pronunciar la propia decisión al final del duelo jurídico entre las partes. El juez, por el contrario, asume en esta concepción un cometido de guía y de propulsión procesal no solamente *técnica* y *formal* (controlando la observancia de las reglas del *fair play* y el ordenado y rápido desarrollo del procedimiento), sino también *material*. En otras palabras, desde la fase preparatoria del procedimiento, él asume un cometido de carácter *activo* y *asistencial* respecto de las partes, discutiendo con ellas la mejor formulación de las demandas y excepciones, colaborando con ellas en la búsqueda de la verdad, y, en suma, actuando a fin de que la victoria sea de la parte que efectivamente tenga razón y no de aquella que sepa prevalecer en virtud de la propia fuerza económica o por la mayor habilidad propia o del defensor […]. La importancia que, en una semejante concepción social del proceso, viene a asumir el contacto directo y personal, y por consiguiente «oral>, del juez con las partes, no tiene necesidad de ilustración, así como no tiene necesidad, por otra parte, de ilustración los riesgos –de autoritarismos, de arbitrios, de abusos– conexos con una concepción semejante"[34].

33. Cfr. Gozaíni, Osvaldo A., *Temeridad y malicia en el proceso,* Rubinzal Culzoni, Buenos Aires / Santa Fe, 2002, pp. 113 y ss.

4. El Código Italiano de 1940

En Italia la transformación venía de lejos. La influencia de la ordenanza austríaca fue evidente, pero más pesó la opinión de Chiovenda, quien había dicho que el proceso italiano no era solamente complicado, larguísimo y costoso; sino también un viejo arnés, enteramente inadecuado a las condiciones del tiempo y en contraste marcado con la índole de la función pública a la que está destinado, tal como aparece al espíritu moderno[35].

En 1906 había pronunciado una conferencia en Nápoles que él mismo reconoce fue el punto de partida hacia un proceso sobre la base de la oralidad, de la inmediación y de la concentración […]:

> "La justicia en el proceso no comienza con la decisión; con el inicio mismo de la causa se abre un amplio campo a la justicia distributiva. Tampoco las normas judiciales contemplan solamente a los litigantes del caso concreto; las mismas deben proveer de modo que refuercen la confianza de los

34. Cappellletti, Mauro, *La oralidad y las pruebas en el proceso civil,* Ejea, Buenos Aires, 1972, p. 81.

35. Chiovenda, Giuseppe, *Ensayos de derecho procesal civil,* volumen 2, Ejea, Buenos Aires, 1949, p. 327. En este trabajo Chiovenda expone claramente su pensamiento sobre el peso de la oralidad en el proceso y dice […] "No es menos importante el lado social de la cuestión. Con abreviar la litis, con dar a la oralidad la mayor parte en los juicios, con hacer al juez más vivamente partícipe de la relación procesal y más inmediato su contacto con las partes en causa, se aproxima la justicia a las clases menos pudientes mucho más que con preparar organismos de defensa del pobre, destinados a funcionar en modo inadecuado a su noble fin.

ciudadanos en la acción del Estado; no sólo como juez sino como poder. Obsérvese todavía: con la idea de que la administración de justicia sea una función de la soberanía, se viene formando lentamente la convicción de que el juez como órgano del Estado no deba asistir pasivamente a la litis, para pronunciar al final una sentencia, como la máquina automática que accionada por el peso de la moneda que cae emite una golosina o un boleto de entrada; sino que debe participar en la litis como fuerza viva y activa. En otros términos, el Estado está interesado, no en el objeto de la litis, sino en el modo como éste se desarrolla. Y este simple principio contiene en sí una entera revolución en el campo de los conceptos procesales"[36].

El pensamiento del maestro italiano vigorizó a la oralidad como centro del sistema. Con ella era posible acercar la justicia al pueblo y hacerla más confiable; y al mismo tiempo, provocaba un autocontrol de las partes, que postergaba la conducta obstructiva, también frenada por los principios de concentración y dirección del juez.

36. Chiovenda, *Ensayos*, volumen 2, cit., p. 162. En cambio, Montero Aroca pese a la afirmación del propio Chiovenda, sostiene que fue en la conferencia pronunciada en 1909, en el Círculo Jurídico de Roma con el título *El estado actual del proceso civil en Italia y el proyecto Orlando de reformas procesales*, cuando aquél se ocupa ampliamente de la oralidad, y afirma que en ella se encuentra la reforma radical que Italia necesita. Por eso dice que Chiovenda tuvo en cuenta para fomentar la oralidad, dos proyectos esenciales. Uno el proyecto Orlando del 16 de marzo de 1908, cuando se presentó el proyecto de ley titulado "*Nuevas disposiciones en torno al orden y a la forma de los juicios*", proyecto que se debía a la pluma de Mortara y que no llegó a ser discutido por la disolución anticipada del Parlamento, pero que se reitera el 24 de mayo de 1909, también obra de Mortara, y titulado "*Reformas al Código de procedimiento civil*" que tampoco fue discutido. El otro se debió a la iniciativa legislativa de quien fuera el siguiente ministro de Justicia, Vittorio Scialoja, precisamente el maestro de Chiovenda, quien cultivó el amor por la oralidad y llevó a la transformación del pensamiento del maestro de la ciencia procesal (Montero Aroca, Juan, *La Ley de Enjuiciamiento Civil española y la oralidad,* Texto base de la conferencia pronunciada en las XVII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, celebradas en San José, Costa Rica, los días 18 a 20 de octubre de 2000, passim).

El 28 de octubre de 1940 se publicó el nuevo código de procedimiento civil que entró en vigencia el 21 de abril de 1942. Sus redactores fueron Piero Calamandrei, Francesco Carnelutti y Enrico Redenti. Este ordenamiento, según palabras de Calamandrei, "quiere ser un decidido retorno a las mejores tradiciones patrias, realizado conscientemente por el trabajo de selección histórica llevado a cabo en los últimos cincuenta años de doctrina"[37].

La impronta del proyecto Chiovenda de 1919 fue evidente en el proceso de conocimiento, instaurando la oralidad que sustituye la forma de expresión en las actuaciones del procedimiento, el que se concentra en audiencias regidas bajo el principio de inmediación. Al juez se le da plena autoridad para dirigir e impulsar el trámite, aumentando sus poderes de investigación[38].

Esta corriente, con el paso del tiempo, consolidó el paso del procedimentalismo al procesalismo o publicismo del proceso civil. Por supuesto que hubo detractores que no soportaron el principio de autoridad y sostuvieron que el sistema era el testimonio claro de un régimen autoritario y despótico.

37. Calamandrei, Piero, *Instituciones de derecho procesal civil,* tomo I, Ejea, Buenos Aires, 1986, p. 82.
38. Cabe reconocer que el código del 40 no fue producto de esta sola influencia, porqué después de 1919, se designó otra comisión en 1924 presidida por Lodovico Mortara y la vicepresidencia de Chiovenda, que a su vez, encargó a Francesco Carnelutti la redacción de otro proyecto, que en definitiva se integró y revisó por el, por entonces, Guardasello Alfredo Rocco. Este proyecto tuvo un replanteo entre los años 1933 y 1934 cuando interviene Enrico Redenti, que culmina con la aspiración del Guardasello Arrigo Solmi que quería acentuar los poderes instructorios del juez (este fue el pilar de la oralidad que impulsó Chiovenda, al que reprodujo en varios pasajes). En el verano de 1939 se designa Guardasello a Dino Grandi, quien impulsa el proyecto Solmi y designa a esos efectos una nueva comisión, integrada por Calamandrei, Carnelutti y Redenti, oficiando de coordinador Leopoldo Conforti. Esta fue la comisión que creó el código publicado el 28 de octubre de 1940.

Cipriani, por ejemplo, afirma que […]:

"En 1942, cuando pasamos del proceso liberal al proceso «publicista» se produjo un pandemonio. Baste pensar que las partes fueron constreñidas a llevar a los roles de audiencias de «todas las causas que dormían» en secretaría que, según parece, eran la mitad de las que estaban pendientes, con el fin de que fueran rápidamente o conciliadas o resueltas. Los jueces se encontraron así, de la noche a la mañana, con sus roles sustancialmente doblados y con el deber de ser (también) los timoneles en todas las causas. Con la consecuencia que éstos, en vez de decidir rápidamente y bien todas las causas, terminaron decidiendo muchas menos que antes. La lección de 1942, sin embargo, no sirvió. Se ha negado *maiorem*. Primeramente, se dijo que la culpa era de las disposiciones transitorias y, luego, que lamentablemente estaba la guerra. La culpa, creo yo, en cambio, la tenía con palmaria evidencia el Código, que pretendía que el juez llegara preparado a la primera audiencia de todas las causas y que todas fueran, lo más rápidamente posible, conciliadas o resueltas. La estrangulación, lo que hoy se llama el cuello de la botella, en lugar de formarse sólo al final, se formaba desde el inicio, con la consecuencia de que las primeras audiencias se fijaban con cuentagotas, inclusive a los dos años, dos años durante los cuales el demandado estaba autorizado a no hablar: así, no se tenían ni sentencias ni transacciones. Una aberración. A lo cual, afortunadamente, puso fin la reforma de 1950, que en cierto sentido autorizó al juez a no estudiar las causas en vista a la primera audiencia y a dedicarse a las sentencias (pero, lamentablemente, no autorizó a dejar de lado las causas que pretendían estar en *surplace*)[39].

39. Cipriani, *Batallas…,* cit., p. 78.

5. Consagración del principio de inmediación

La oralidad se instaló en las reformas posteriores, pero no impacta en Latinoamérica porque en estas tierras el modelo fue la ley de enjuiciamiento civil española. No obstante, si entendemos como una proyección de la oralidad el sistema que propicia, es indudable que culmina consagrando el principio de inmediación.

En efecto, un lúcido estudio sobre el significado de la oralidad visto como concepción destinada a la transformación de las instituciones del procedimiento, sostiene que […],

"más allá de entenderlo como una profusión de la palabra hablada, de la expresión verbal en la mayoría de los actos procesales que domina, también lo dota de una calidad estructural y formal específica, en la que la palabra hablada no es más que una circunstancia. Excede la concepción de la oralidad, la simple utilización de la expresión verbal, para constituirse en un modo y forma estructurada de llevar adelante el proceso que tiene un funcionalismo propio, tal cual ocurre con un sistema, por eso apuntalamos que la oralidad debe comprenderse en su concepción amplia de sistema procesal[40].

Con esta medida, la participación activa del juez en la audiencia trasciende la expresión de los actos. Asimismo, la inmediación se concibe como actividad principal del juez y se establece como un deber en la etapa probatoria. Cuando el código dispone el trámite por audiencias, la presencia se convierte en una obligación funcional.

40. Villalba Bernie, Pablo D., *Proceso Civil. Actualidad y futuro,* Bijupa, Asunción del Paraguay, 2008, p. 120.

Las reformas posteriores tomaron el curso de la inmediación emparentado con la regla de la oralidad, aplicada especialmente en la recepción de la prueba. En Alemania, por ejemplo, sostiene Goldschmidt que el juez quedaba sujeto a dos postulados: *a)* utilizar de inmediato los medios probatorios que las partes ofrecieran (principio de inmediación en sentido subjetivo o formal), de modo tal que se establece la relación entre el juez con los medios probatorios, y *b)* que ha de utilizar los medios de prueba inmediatos (principio de inmediación en sentido objetivo o material), que se refiere a la relación de los medios de prueba con la cuestión a probar[41].

Sin embargo España, permitió la delegación en funcionarios suprimiendo así la eficacia del principio de inmediación; problema que la doctrina advierte cuando se pretende introducir con reformas procesales la tendencia del principio de autoridad, como dirección material del proceso.

En Argentina, el decreto/ley 14.237 estableció en el art. 23 que el juez debía convocar a una audiencia con el fin de establecer los hechos articulados sobre los cuales versaría la prueba. En ella convenía un juez presente quien en ese momento o dentro del tercer día siguiente debía fijar los hechos controvertidos. También el art. 21 dispuso que: "En cualquier estado del juicio los jueces y tribunales podrán disponer las medidas necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos y mantener la igualdad de los litigantes o prevenir y sancionar todo acto contrario al deber de lealtad, probidad y buena fe, así como aquellas tendientes a la más rápida y económica tramitación del proceso […]".

Este decreto, después reformado por el decreto 23.398/56, estaba en línea con otros proyectos contemporáneos, como el que había gestado David Lascano en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata; o el

41. Goldschmidt, James, *Derecho Procesal Civil,* Labor, Madrid, 1936, p. 87.

de Eduardo Juan Couture, realizado en la República Oriental del Uruguay; también el de Ricardo Reimundín para la provincia de Salta, entre otros. El conflicto fue que, habiendo dispuesto elevar la autoridad del juez en el proceso la inmediación se instaló como una *facultad*, o un *poder*, y cuando se dijo que era una *obligación*, no se establecieron consecuencias para el incumplimiento.

Años después la doctrina acentuó la necesidad de resolver este conflicto, y tras renovadas intenciones, se llega a un modelo tipo que se presenta como un ideal a conseguir. Es el fruto de la investigación y empeño de tres distinguidos juristas del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (Enrique Véscovi, Adolfo Gelsi Bidart y Luis Torello, todos ellos uruguayos).

En sus grandes líneas, el código modelo esclarece que tiene la intención de proponer puntos de partida para una reflexión a nivel continental, sobre los principales problemas del proceso que son comunes, para llegar a algunas posibles determinaciones, también comunes, o al menos, emanadas de la deliberación de todos.

Reproducimos algunas ideas aportadas para evidenciar porqué la inmediación ya no es un tema a debatir:

- El juez es un sujeto de derecho esencialmente imparcial, que debe reunir particulares aptitudes en el ramo del Derecho y actuar con plena autoridad en el ejercicio de sus funciones.
- Sólo el abogado puede asistir o defender ante la justicia, cualquiera sea la materia o la naturaleza del proceso; su presencia es indispensable en el mismo.
- El poder jurisdiccional corresponde a todos los tribunales por igual. La distribución de su alcance ha de inspirarse por razones de división de trabajo, por el número de asuntos especialmente, alguna especialización y, eventualmente, su modo de actuación (oral o escrito).

- Todo sujeto debe tener libre acceso al tribunal; todo derecho alegado ha de poder sustentarse por aquél y definirse y aplicarse por éste. El proceso es el medio fundamental para la afirmación de los derechos humanos y éstos deben también consagrarse en su programación.
- El proceso es una estructura de sujetos dispares y en él ha de reconocerse su actividad primordialmente conjunta y solo sucesiva cuando se trate de actos fundamentales y unilaterales de cada proceso (v.gr.: demanda, contestación, sentencia). A pesar de ello, se procurará la mayor coincidencia temporal de los mismos (preferencia de la audiencia sobre la actuación escrita y sucesiva); enfoque sintético y de conjunto.
- La instrumentalidad del proceso, al servicio de todo el derecho sustantivo, no implica diversidad de procesos, sino más bien su unificación; él proceso no tiene preferencia por una u otra materia, ni a ésta corresponde señalar las estructuras procesales, sino meramente sus necesidades (v.gr.: importancia de medidas provisionales o cautelares; necesidad de suma abreviación; etc.). Las soluciones son establecidas y brindadas por el derecho procesal. El criterio ha de ser la reducción de las diversas formas, a su mínimo indispensable.
- La reforma del proceso debe procurar su apertura a las posibilidades de la época, cuyos logros científicos deben tener amplia aceptación en el mismo; así, por ejemplo, la apertura de la prueba (todo elemento que sirva para demostrar la existencia de un hecho, ha de ser admitido); la colaboración de técnicos y hombres de ciencia (asistentes sociales, consejeros matrimoniales para la conciliación, psicólogos, etc.); la racionalización del modo de operar de los tribunales como si fuesen modernas empresas; la incorporación de medios actuales de fichaje y registro; etc.
- El proceso en los conflictos sociales y colectivos, nacionales o internacionales, se encuentra en este momento en una encrucijada fundamental para la ´lucha por el derecho`. Para ello se hace indispensable su acercamiento a la vida cotidiana, de modo que las partes ingresen a él, como a un medio racional y comprensible para dilucidar sus derechos y sus posibilidades de real comunicación entre los sujetos del proceso, dando mayor flexibilidad y oportunidad para el intercambio entre el juez y las partes.
- Una de las mayores exigencias de nuestra época radica en la abreviación de los trámites, en la obtención de un resultado relativamente rápido. El proceso actual no está a la altura del ´jet` (no hablemos del espacio) y no puede estarlo, porqué en él no se trata de un pensamiento cristalizado en técnica, sino de un pensamiento que debe lograr elementos del pasado, para en base a su estudio determinarlos y realizar la estimación (jurídica) de las situaciones planteadas. Pero cuando se piensa en la abreviación del proceso, se considera especialmente el tramo a seguir para llegar al ´*judicio*` realizado aquél (salvo en pocas situaciones de hecho muy complejos o en algunos problemas difíciles de derecho) se desprende de dicha tramitación.
- Para las partes, el proceso es un tránsito obligado pero que podría, en su mente ser prescindible, para llegar al cumplimiento o a la ejecución de la sentencia. La autoridad del Tribunal desaparece si esto no puede asegurarse y verificarse; el problema de la eficacia de la justicia es otro de los temas básicos de la reforma procesal.

6. Desilusiones y críticas

La inmediación es una necesidad que opera más allá de la regla. No se puede creer que ella sea cumplida con la presencia formal sin actividad directora; como tampoco es negociable la dirección autoritaria que sobrecoja los demás principios y obstruya las garantías.

Las desilusiones de la inmediación son producto de omisiones legislativas que, a esta altura, no parecen casuales. Antes se sostenía que era deber del juez asistir a las audiencias de prueba *bajo pena de nulidad*, conservando el regimen de relatividad para toda nulidad procesal, de modo que puede haber consentimiento por omision de recurso o queja, o simplemente por considerar que el vicio es intrascendente.

En Ecuador, el Código General de Procesos dispone como principio que […]

> *Artículo 4.- Proceso oral por audiencias.* La sustanciación de los procesos en todas las instancias, fases y diligencias se desarrollarán mediante el sistema oral, salvo los actos procesales que deban realizarse por escrito. Las audiencias podrán realizarse por videoconferencia u otros medios de comunicación de similar tecnología, cuando la comparecencia personal no sea posible.
> *Artículo 6.- Principio de inmediación*. La o el juzgador celebrará las audiencias en conjunto con las partes procesales que deberán estar presentes para la evacuación de la prueba y demás actos procesales que estructuran de manera fundamental el proceso. Solo podrán delegar las diligencias que deban celebrarse en territorio distinto al de su competencia. Las audiencias que no sean conducidas por la o el juzgador serán nulas.

El problema aparece con las potestades que tiene el juez para desarrollar el proceso manteniendo, en toda la instancia, los principios que venimos comentando. La autoridad se refleja en distintas decisiones; desde la última e imprescindible para fortalecer la confianza en la institución, que es la ejecución por la fuerza cuando el mandato judicial no se cumple; hasta otras menores, como son las medidas correctivas por la inconducta procesal.

Pero también, la autoridad procesal pondera otros valores, tales como la conducción y depuración del proceso, exigir la verdad de los hechos, la prudencia y equilibrio en las decisiones, entre otros contenidos axiológicos que muestran la complejidad del principio.

En sus orígenes el proceso civil se formó e implementó como una cuestión entre litigantes. Fue una lucha, y como en toda lucha, solo había ganadores y perdedores. Conserva, entre otros, este mensaje el tema de las costas procesales. Pero con Chiovenda y su firme impulso por la oralidad, comprendió que la función del juez no podía quedar tan inerte. No era un espectador de lujo en la controversia, sino un activo director que podía exigir de las partes algo más que el desempeño técnico.

El pasaje del proceso de manos privadas al interés público cambió la consideración del principio de autoridad y se esforzó por la inmediación. El quid no está asentado, desde entonces, en la mera facultad de ejecutar lo juzgado, sino en un conjunto de atribuciones que polarizan su presentación, en pos de la eficacia del servicio jurisdiccional.

Hoy, la concepción social cobra fuerza a partir de la influencia constitucional en el proceso, y del activismo que regresa hacia el juez como director del proceso. La publicización eleva al litigio dentro de la esfera del derecho público, y por él se entiende que un individuo que acude a la jurisdicción no persigue ya solamente un interés privado sino que, por vía de la despersonalización del derecho subjetivo y de la socialización del derecho, muda hacia un marco de protección que considera la situación global de la sociedad. En la actualidad esta línea directriz parece consagrada: el proceso es público, porque aún resolviendo conflictos privados, generaliza sus respuestas dando pautas de convivencia social. Obviamente, tal emplazamiento, no se puede realizar sin un juez atento y vigilante con la realidad que debe resolver.

La metamorfosis actual de los jueces es notable y se indica en distintas actitudes: 1º) Un juez que está en el centro del ring pero no ya en la actividad neutral (la de *referee*) sólo para impedir los "golpes bajos". Ha quedado atrás esa posición de mero mediador, de asegurador o garantía del juego formal y privatístico de los contendientes; 2) Aquella ubicación del juzgador y del oficio se monta al mismo tiempo y en vértice principal, en la ley orgánica y en un sistema procesal donde la *predominancia de lo escriturario no tiene destino*, así se lo emparche continuamente con retoques y escaramuzas de superficie, pese al innegable rigor técnico de las fórmulas trabajadas. La *inmediación debe acompañar* con todas sus reverberaciones al juez funcional, desde el comienzo hasta la ejecución de la sentencia. *El proceso en vivo desplaza así al expediente muerto.*

Finalmente las críticas: la presencia del juez es un requisito esencial del acto procesal y sin embargo el juez pocas veces está. ¿Constituye una causa de mal desempeño?:

Se ha dicho que, en realidad el juez no está, porque no está nunca en la ficción del procedimiento escrito. Así el criterio analítico adecuado a una teoría estratificada del delito lleva a afirmar que la conducta del juez ausente en la audiencia en la que se deja constancia de su presencia es típica. Pero no se presentan los otros caracteres necesarios de la conducta, pues ésta no es antijurídica ni tampoco culpable. Las condiciones de trabajo existentes obligan a delegar funciones para no producir una consecuencia mucho más grave que detendría la administración de justicia; y si al juez se le ocurre asistir a todas las audiencias entonces no lograría atender su despacho, se le vencerían todos los términos y se lo sometería a un juicio político.

La conducta del juez ausente en la audiencia en la que se deja constancia de su presencia ni siquiera es penalmente típica porque una tipicidad legal no pasa el test necesario. Media un conflicto entre todos los deberes, pero un conflicto aparente porque siempre predomina un deber sobre otro y en el caso es superior el de mantener el despacho al día. Se trataría de un caso de atipicidad conglobante por cumplimiento de un deber jurídico preponderante.

Si la ausencia es producto de una licencia que se concede ante un pedido voluntario del magistrado, ella no le "suspende" en el ejercicio normal de sus atribuciones, sólo le faculta para "no concurrir a su despacho", a fin de atender el trámite de los expedientes a su cargo o asistir a las audiencias para dar cabal cumplimiento al principio de "inmediación".

Cabe reiterar que tras la reforma procesal, se establece […]

> *Artículo 81.- Presencia ininterrumpida de la o del juzgador en las audiencias*. La o el juzgador que inicie una audiencia debe dirigirla y permanecer en ella. Su ausencia injustificada dará lugar a la nulidad no subsanable de la diligencia. Las audiencias se desarrollarán en forma continua hasta su conclusión. La audiencia podrá reiniciarse con una o un juzgador distinto al que inició la diligencia, cuando se demuestre la existencia de caso fortuito o fuerza mayor.

Capítulo III

El principio de autoridad

1. Autoridad y autoritarismo

Decía Wyness Millar que […]

> "El acrecentamiento de las facultades del juez, en cuanto a la dirección del proceso, es un hecho visible de la reforma en el Continente. Bajo los viejos sistemas continentales los principios como aquel que permite a las partes el adherirse o no a un estado determinado de la causa, el utilizar o no cualquier material útil para la decisión, el proseguir o dilatar el progreso de la acción, hacer de la corte un instrumento pasivo que aguarda lo que se deposite ante ella, transformándola en una «máquina de juicios» [expresión de Sperl] prevalecieron rigurosamente, a diferencia de lo ocurrido en nuestro sistema. Los nuevos procedimientos sin descartar totalmente estos principios se han alejado de ellos en muchos aspectos y han conferido a los tribunales un mayor ámbito de autoridad, de ningún modo dependiente de la iniciativa de las partes. No solamente este incremento del poder se relaciona con la dirección del proceso, sino también concierne a la adecuada búsqueda de la verdad…"[42].

Entonces, si el primer paso está en reconocer cuáles son los roles del juez y de las partes, prontamente se advierte que en la historia del debate hay una coincidencia: el control de los pre-

42. Wyness Millar, Robert, *La reforma procesal civil en la legislación de las naciones,* Revista de Derecho Procesal 1950-I, p. 13, Ediar, Buenos Aires, año VIII (1950).

supuestos procesales, que fue una innovación sobre el modelo individualista, le corresponde al juez.

El segundo momento es la variación del aporte de los hechos sobre el que se desprenden contradicciones cuando se interpreta que la iniciativa probatoria del juez afecta el principio dispositivo. Este es el punto máximo de conflicto.

En este aspecto, las afirmaciones que hacen las partes no pueden estar amparadas por la persecución de ficciones que escondan la verdad. Hay una obligación de decir la verdad en el proceso pese a las dificultades técnicas y teóricas que para ello pueden hallarse. Con este objetivo, la disponibilidad de las pruebas agudiza la pertenencia de ellas.

Según Cappelleti […]

> "La abolición, aún total, del poder monopolístico de las partes respecto de las pruebas, es un aspecto de la sustracción del poder de dirección formal del proceso. Este ya no es cosa de partes, como era típicamente el lento proceso común y el proceso liberal del siglo XIX. Les queda a las partes (normalmente) privadas, el poder exclusivo de elegir entre pedir o no la tutela jurisdiccional de un derecho suyo, les queda a ellas el poder exclusivo de determinar los límites esenciales de la acción –límites subjetivos (*personae*), objetivos (*petitum*), causales (*causa petendi*)- y por consiguiente los límites esenciales de la decisión y del fallo. El juez no puede ni obrar de oficio, ni sobrepasar aquellos límites queridos y determinados por las partes privadas… Pero sobre este núcleo, dejado a la exclusiva disposición del sujeto (normalmente) privado, se construye una «cáscara>, una envoltura –un proceder- que está en cambio sustraído a aquella potencia de disposición; una vez instaurado un proceso civil, el modo, ritmo, el impulso del proceso mismo son separados de la disponibilidad, inmediata o mediata de las partes, y por consiguiente, también de las maniobras dilatorias retardatarias de alguna de las partes, y regulados en cambio por la ley misma con normas absolutas, bien –y más a menudo– por el juez con poderes discrecionales, en el ejercicio de los cuáles él podrá y deberá tener en cuenta las concretas exigencias del caso, en un espíritu no de vejación, sino de activa colaboración de las partes"[43].

Este sería el justo medio de las potestades, la dirección formal del proceso en manos del juez; los márgenes de la alegación y excepciones, radicados en las partes, y la prueba en el marco de una solidaridad o colaboración de todos para lograr la verdad. No se tratará, entonces, de confrontar quien tiene más poderes, o si alguien pierde facultades, u otro obtiene ventajas, porque, en definitiva, el verdadero equilibrio estará en el papel que el juez ocupe en el proceso, más que en los principios que enuncie el ordenamiento

2. La autoridad en el código procesal

Evidentemente, la voz *autoridad* contrae algún riesgo interpretativo que pasa más por lo idiomático que por la situación real afrontada. Ocurre que en la historia del proceso civil, la figura del juez ocupó implícitamente aspectos políticos que el tiempo fue reciclando.

En nuestra materia es muy importante atender la función y los poderes que el juez puede cumplimentar, sabiendo diferenciar que, en la jurisdicción ordinaria, los jueces latinoamericanos tienen más poderes que el europeo, que si bien puede hacer control de constitucionalidad, no puede declarar la inaplicabilidad de una norma.

Todo proceso rinde tributo al brocárdico *judex debet judicare secundum allegata et probata*, por el que observamos la natural

43. Cappelletti, *La oralidad y las pruebas…,* cit., p. 127.

prohibición dirigida al órgano judicial para asumir pruebas que no fueran aportadas por las partes; también debe atenderse que la bilateralidad, la contradicción, la sentencia y los efectos de la cosa juzgada, en alguna manera, difieren cuando la materia versa sobre conflictos constitucionales o derechos humanos, *lato sensu*.

En sus orígenes el proceso civil se formó e implementó como una cuestión entre litigantes. Fue una lucha, y como en toda lucha, solo había ganadores y perdedores. Conserva, entre otros, este mensaje el tema de las costas procesales.

Pero con Chiovenda y el firme impulso por la oralidad, se comprendió que la función del juez no podía quedar tan pasiva. No debía ser un espectador de lujo en la controversia, sino un activo director que podría exigir de las partes algo más que el desempeño técnico.

El pasaje del proceso de manos privadas al interés público transformó la consideración del principio de autoridad. El quid no está asentado, desde entonces, en la mera facultad de ejecutar lo juzgado, sino en un conjunto de atribuciones que polarizan su presentación, cual las dos caras del "dios Jano".

Ahora bien, la pregunta que corresponde hacer versa sobre la "pertenencia" del proceso. Auténticamente, ¿resuelve conflictos personales, o son derechos subjetivos públicos que trascienden el interés privado? y en su caso, ¿las potestades jurisdiccionales son iguales en todo tipo de proceso?

Procuremos algunas respuestas:

Hay cierta identificación del proceso romano con el proceso civil moderno, ambos dominados por el principio de la libre convicción del juez. En Roma el proceso fue oral y también se pretendió instalar desde el siglo XIX. Pero lo cierto fue que esta

técnica de exposición y representación, fue lentamente desapareciendo.

De este modo, nuestro procedimiento se orquestó sobre la base de un sistema escrito, tanto en la materia común como en la ejecutiva. El proceso no tenía autonomía conceptual, se observaba como un mero orden ritual de seguimiento al derecho conflictuado. Como tal, sólo a las partes interesaba el contenido del litigio y en aquél, el juez aparecía como un árbitro encargado de dirimir la contienda sobre el recuento de las pruebas producidas.

De esta suerte de breve compilación de la historia del proceso, surgen dos líneas que determinan en lo sucesivo el destino del derecho procesal: el *procedimentalismo*, que se ocupa de analizar el sistema desde la visión del derecho aplicado, teniendo en cuenta para ello que el litigio es un debate entre derechos subjetivos disputados. Por eso se otorga relevancia a la disponibilidad de las partes tanto para ordenar el procedimiento, como para decidir el curso de sus intereses sin participación de la voluntad estatal. El juez, es solamente un decisor que no se compromete con otra finalidad que no sea aquella que las partes proponen.

Por su lado el *procesalismo*, creó las bases de la moderna ciencia procesal, estructurada en los tres pilares clásicos del asentamiento de la materia: jurisdicción, acción y proceso. Cada una de ellas destaca su interacción, de modo tal que, pensar en un esquema donde se encuentra ausente una de estas columnas es destruir el edificio en que se construye la teoría general. El procesalismo no atendió principalmente el interés privado, privilegió el interés social. Procuró llegar a la verdad del conflicto a través de los poderes deductorios otorgados al juez, evitando el modelo desigual e insatisfactorio del sistema dispositivo.

También la transformación significó satisfacer un interés privado, y el proceso tuteló, entonces, sólo trascendencias del sujeto particular que podían o no afectar al Estado o a toda la sociedad.

El siglo XX importa un cambio importante, sobremanera en la forma de considerar al proceso civil como "cosa" exclusiva de partes. La concepción social cobra fuerza a partir de la influencia constitucional en el proceso, y del activismo que regresa hacia el juez como director del proceso.

La publicización eleva al litigio dentro de la esfera del derecho público, y por él se entiende que un individuo que acude a la jurisdicción no persigue ya solamente un interés privado sino que, por vía de la despersonalización del derecho subjetivo y de la socialización del derecho, muda hacia un marco de protección que considera la situación global de la sociedad.

Hoy en día esta línea directriz parece consagrada: el proceso es público, porque aún resolviendo conflictos privados, generaliza sus respuestas dando pautas de convivencia social.

También es cierto que el proceso actual no es una historia de batallas, de derrotas y victorias. El epicentro de sus inquietudes se orienta hacia lo que se ha llamado el elemento humano del procedimiento, lo que un congreso internacional convocó como lema: hacia una justicia de rostro más humano.

Quizás tampoco sea éste el sistema más ventajoso; ni siquiera puede asegurarse como definitivo, porque precisamente las cosas del derecho son absolutas y permanentemente mutables, donde las mejores intenciones del realizador llevan implícito el riesgo de lo colectivo. Tal como ha dicho Grosso "la experiencia del hombre de derecho lo obliga a darse cuenta de su doloroso pero también glorioso destino de perenne relatividad y mutabilidad".

La caracterización del ordenamiento procesal y específicamente, la movilidad que pueda tener el juez en el proceso, debe analizarse, entonces, a partir de un criterio jurídico, sin negar la utilidad que presta como herramienta política.

El juez neutral, fue llamado *juez espectador*, por su característica de agente pasivo que asiste al conflicto entre partes tomando de uno y otro la razón que afirme un criterio que incida en su fallo definitivo.

A esta singularización se enfrenta el denominado *juez dictador*, propio de Estados autoritarios donde predomina el principio de *investigación* o de aportación de hechos por parte del mismo órgano jurisdiccional.

Este sistema interesa el fenómeno de la desprivatización absoluta del proceso, ingresando no sólo en terreno de lo puramente adjetivo, sino también, en cuanto ocupa al derecho subjetivo (o material). En una concepción intermedia, sin generar el antago-nismo que presuponen las corrientes anteriores, se habla del *juez director*.

Este sería un magistrado que potencia sus poderes de iniciativa y dirección. Respecto a la instrucción se confirma el papel activo que le toca asumir en el proceso, confiriéndole una amplia iniciativa en la verificación de los hechos relevantes para la solución del litigio, tal como fue sometido a su conocimiento.

En líneas generales, se robustece el juzgamiento más que la composición, esto es, se dota al juez de poderes-deberes que le permitan llegar a una sentencia justa, sin asignarle otro cuadro que no sea el que las partes concretan.

El uso de estas facultades provoca cierto conflicto con la imparcialidad, la cual resulta respondida con los fines objetivos que persigue el proceso: falla conociendo la verdad más próxima

a lo verdaderamente ocurrido (suele denominarse *verdad jurídica objetiva*, pero es un concepto que no nos satisface).

Podemos reconocer aquí, el riesgo de una actuación parcial del juez, que se concretaría si él ejercitare sus poderes en el interés exclusivo de una de las partes. Más el riesgo de la parcialidad ronda al juez, que es y no puede dejar de ser humano, a lo largo de toda su actividad; y la única manera de eliminarlo completamente sería confiar a una máquina la dirección del proceso. Atar las manos al juez en la investigación de la verdad es pagar un precio demasiado alto por la prevención de un peligro que, aún sin tal exorcismo, normalmente permanecerá en "estado de peligro" y sólo en casos excepcionales se convertirá en daño actual.

El remedio más eficaz contra el riesgo de la parcialidad no consiste en argüir obstáculos en el reclamo por la verdad. Consiste sí, en imponer al juez el respeto escrupuloso de la contradicción en la actividad instructoria y la estricta observancia del deber de motivar sus decisiones, mediante el análisis cuidadoso de la prueba producida y la indicación de las razones de su convencimiento acerca de los hechos.

En esta concepción del juez-director del proceso, va inserta la noción de publicidad procesal o "*publicización del proceso*", que puede acoplarse perfectamente con el principio dispositivo porque, en esta materia, referimos a la conducción del proceso y a la autoridad del juez dentro de la estructura, como artífice para alcanzar la eficacia del servicio jurisdiccional.

3. Análisis del artículo 80 del COGEP

El principio de autoridad está implícito en el artículo 80 del Código Orgánico General de procesos (COGEP) que dice […]

> *Dirección de las audiencias*. La dirección de las audiencias corresponde exclusivamente a la o al juzgador competente y en la Corte Nacional de Justicia, cortes provinciales y tribunales distritales de lo contencioso tributario y administrativo, a la o al juzgador ponente, como garantes de los derechos y de las normas. Dentro de sus facultades de dirección podrá indicar a las partes los asuntos a debatir, moderar la discusión, impedir que sus alegaciones se desvíen hacia aspectos no pertinentes y ordenar la práctica de pruebas cuando sea procedente. Asimismo, podrá limitar el tiempo del uso de la palabra de las personas que intervengan, interrumpiendo a quien haga uso manifiestamente abusivo o ilegal de su tiempo. Ejercerá las facultades disciplinarias destinadas a mantener el orden y garantizar su eficaz realización. La o el juzgador dirigirá la audiencia de tal manera que las partes y el público comprendan lo que ocurre.

La primera observación crítica que hacemos centra en la identificación del uso artificioso e innecesario, desde el punto de vista lingüístico, de la diferenciación entre la o el juez. En los sustantivos que designan seres animados existe la posibilidad del uso genérico del masculino para designar la clase, es decir, a todos los individuos de la especie, sin distinción de sexos: *Todos los ciudadanos mayores de edad tienen derecho a voto.*

La mención explícita del femenino solo se justifica cuando la oposición de sexos es relevante en el contexto: *El desarrollo evolutivo es similar en los niños y las niñas de esa edad*. La actual tendencia al desdoblamiento indiscriminado del sustantivo en su forma masculina y femenina va contra el principio de economía del lenguaje y se funda en razones extralingüísticas. Por tanto, deben evitarse estas repeticiones, que generan dificultades sintácticas y de concordancia, y complican innecesariamente la redacción y lectura de los textos[44].

44. Real Academia Española, *Nuevas reglas de gramática* (2016).

El uso genérico del masculino se basa en su condición de término no marcado en la oposición masculino/femenino. Por ello, es incorrecto emplear el femenino para aludir conjuntamente a ambos sexos, con independencia del número de individuos de cada sexo que formen parte del conjunto. Así, *los jueces* es la única forma correcta de referirse a un grupo mixto, aunque el número de mujeres sea superior al de varones.

3.1 Poderes jurisdiccionales de dirección

El precepto que comentamos tiena una larga historia en el derecho procesal pues anidan en su título el sentido propio de la potestad jurisdiccional. No es sino en esta norma donde la doctrina se divide en orden a resolver si es el juez el "director" del proceso; o solamente aquél que controla y vigila el desempeño de las partes esperando el tiempo para dictar sentencia.

Cada parte tiene una finalidad que, si bien no están ordenados de acuerdo con la categoría a la que corresponden, permiten señalar que, son *potestades ordenatorias, instructorias,* y de control sobre *la buena fe en el proceso.*

El punto de partida es el potencial del verbo aplicado, *el juez podrá* no es un descuido, sino una potestad que admite acotar la función al activismo que el juez decida.

El artículo 80 dispone deberes y facultades para el orden y la instrucción del trámite, sin expresarlo claramente pues de continuo utiliza el término "podrá" como una alternativa que difumina la carga de la obligación. Claro que si no es un *deber* para ser una *facultad* se diluye el objeto de dirección previsto para el proceso por audiencias, donde la presencia del juez en la mayor parte de las actuaciones, es inevitable y necesaria, pues no se pide protagonismo escénico sino dirección cabal del proceso, tomando decisiones en todas las etapas, donde quizás las más trascendentes se desenvuelven en la audiencia preliminar.

De allí que cuando se exponen los principios generales de un proceso cualquiera, cada uno de ellos se puede vincular con una regla constitucional. Ante los poderes del juez se alza el principio de igualdad entre litigantes, de forma que cuando se le permite al juez indicar los asuntos a debatir, de hecho actúa un poder de elección de hechos a verificar y de prueba a producir. Pero al mismo tiempo, la propuesta podrá encontrar cierta resistencia dogmática en la medida que algunos sostienen que la prueba solo es disponible para las partes quienes tienen el deber de confirmar cada una de las afirmaciones.

El punto que queremos mostrar para que el código sea aplicado sin fisuras o dobleces, parte de considerar que la función del juez en el proceso desarrolla tres posibilidades que imponen acciones desiguales. Lo primero que se debe atender es que la función jurisdiccional es una garantía que afianza la independencia e imparcialidad de juzgamiento; dentro de un proceso que se estructura con principios y reglas cuya dimensión hay que analizar.

En efecto, si las "garantías" no pueden cambiarse; los "principios" son invariables, y las "reglas" admiten alteraciones, estas son afirmaciones que tiene que ser confrontadas. En el marco de la evolución habida en el proceso civil, su construcción primera quedó trazado en los códigos y leyes de enjuiciamiento emplazados en un tiempo del positivismo a ultranza que evitó cualquier apartamiento de las normas; con la constitucionalización se privilegió el rigor de los principios, pero se permitió la interpretación en el caso concreto, dando lugar al juicio de ponderación; y las reglas apoyaron un método para el debate.

La actividad jurisdiccional dispuesta para el caso concreto fue el ideal del Kelsen expuesto en su teoría de la Norma Fun-

damental donde la sentencia se convertía en la norma individual: la ley del caso resuelto.

En América, la soltura y libertad de los jueces fue superior al diagrama europeo en cierta forma apegado al esquerma simplista de ser boca de la ley; pero desde Estados Unidos se proyectó un activismo que generó jurisprudencia innovadora que, en algunos casos, no fue bien vista al ser, de algún modo, reaccionaria y contrapuesta con las reglas previstas; no obstante otros alientan y elogian esa actitud que evita el estancamiento y pone al día los principios con la justicia del caso.

Quizás la raíz de la polémica asiente en la seguridad que proviene de las garantías, los principios y las reglas, pues hay en ellas demasiadas zonas de penumbra como para trabajar con la claridad que ofrecen. De suyo, el protagonismo judicial tampoco resuelve la falta de certeza, pero le da otro significado y sentido a los elementos con los que trabaja.

Ahora bien, esa maleabilidad de los instrumentos ¿le permite al juez alterar las garantías? ¿Puede afectar los principios? En su caso ¿podrá cambiar las reglas del juego?

La respuesta probablemente tenga la misma dosis de inseguridad que tiene el planteo, pero en tren de afirmaciones, es preciso diferenciar cada situación.

En efecto, las *garantías* son reaseguros que no pueden ser negadas ni limitadas. No se consiguen si hay insuficiencia o se cercenan al emplearlas. Pueden ser muchas (las garantías) o una sola, como es el caso del proceso judicial (el proceso como única garantía). Cuando son diversas se confunden o entroncan con los *principios*, que pueden asentar en "garantías constitucionales del derecho procesal"; si se singularizan se aplican como procesos específicos (amparo, hábeas corpus, hábeas data, o simplemente, procesos constitucionales) destinados a dar supremacía

a la Norma Fundamental; pero si están referidos a *reglas* no se pueden transformar ni alterar (v.gr.: independencia judicial; imparcialidad de los jueces; sentencia fundada; plazo razonable; etc.).

En pocas palabras, las garantías son las piezas necesarias para que exista el debido proceso; si desaparecen o menguan, no hay debido proceso. Por ende, se trata de partes indispensables de un conjunto; cada una es indispensable para que éste exista y subsista.

De su lado, los *principios procesales* constituyen una suerte de máximas inquebrantables que se dan para ordenar el desarrollo de un litigio, por eso, la variedad de procedimientos permite formular reglas particulares. No se quiere afirmar que los principios sean distintos por los intereses a desentrañar, sino que las estructuras procesales admiten modificar la reglamentación puntual del proceso para darle una eficacia mayor a la que tendría de aplicar un patrón común.

Por ejemplo, si la actividad principal del proceso es la tutela judicial efectiva, el conflicto principal está en trabajar al proceso sin ficciones ni suposiciones; la verdad es el principio, y la orientación judicial la regla.

Finalmente, las *reglas*. Estas trabajan con los sistemas procesales y se adaptan al modelo o diseño pensado para los procedimientos. Si queda establecida la expresión escrita en lugar de la oralidad, habrá que cumplir con ella por el principio de legalidad formal; si impera un orden secuencial para el aporte de los hechos en la causa, el ofrecimiento de prueba, la producción de la misma, también se deben respetar esas consignas, sencillamente porque esas son las pautas del trámite.

El quid de las reglas está en asumir si ellas pueden quedar convenidas por las partes (como en el procedimiento arbitral),

o solamente provenir de las normas que las establezcan. Pero, como dice Díaz, […],

> "el problema podría invertirse en tanto se establezca que cualquiera sea su origen las formas procesales deben ser un medio para *conseguir la certeza del derecho*; y este predicado impone: *fijeza de las formas* que tiendan a hacerlas claras e indiscutibles, sin implicar rigidez formalística; *adaptabilidad de las formas*, para conseguir las finalidades propuestas; *simplicidad de las formas* para evitar el fárrago y la confusión; y finalmente, *rigor formal*, en un sentido teleológico-trascendente, para sancionar el incumplimiento de aquellas cuya violación lesione fundamentalmente el principio de la audiencia: *audiatur et altera pars*[45]".

Cuando una *garantía* deja de aplicarse en el proceso judicial, existe un vicio que lo nulifica por inconstitucionalidad del acto. Si la transgresión es de algún *principio*, la nulidad es la consecuencia, pudiendo agregar una multa como sanción (v.gr.: incorrección disciplinaria); mientras que el incumplimiento de las *reglas* provoca solamente anulación a instancia de parte interesada.

En todas ellas hay un punto de reunión que está en el tiempo de resolver. Allí la interpretación del vicio se debe colegir en su plenitud, midiendo el perjuicio al debido proceso.

Presentado el marco de ponderación, en los hechos la nulidad solamente procede si el vicio es trascendente (cuanto mayor sea su expresión, más serán las posibilidades de anulación; inclusive pueden llevar a que se resuelva sin sustanciación o de oficio); y la parte que requiere la invalidación demuestre consistentemente el perjuicio sufrido. Por eso, la iniciativa para declarar la nulidad de los actos procesales no sólo puede partir de la parte perjudicada, sino también del propio órgano jurisdiccional, salvo que el vicio esté expresa o tácitamente consentido por los interesados, pues la facultad de declarar de oficio la nulidad encuentra una valla insuperable en el principio de convalidación.

45. Díaz, Clemente A., *Instituciones de derecho procesal, parte general*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1968, p. 327.

Esto es consecuencia de la máxima que pretende evitar la nulidad por la nulidad misma, es decir, que la simple irregularidad no contamine todo el proceso ni evite la validez de los actos cumplidos.

La trascendencia, a los fines del vicio que define la nulidad (procesal o cons-titucional), es diferente entre las *garantías*, los *principios* y las *reglas*. Hay una distancia considerable en la calidad de los valores a tutelar que, en los hechos, impacta en términos metodológicos y estructurales.

En cualquier supuesto, la cuestión metodológica puede partir de un supuesto como el formulado en el punto anterior: las *garantías* son inflexibles; los *principios* son normas abiertas; y las *reglas* son normas cerradas pero que admiten elasticidades.

La diferencia estructural aparece cuando entre ellas interfieren, pues una *garantía* predispone y condiciona; un *principio* orienta el presupuesto que se quiere preferir, y las *reglas* señalan el camino para llegar a esos objetivos.

En definitiva, en la aplicación puntual de *garantías, principios* y *reglas,* el juez tiene un rol protagónico muy superior al que el esquema decimonónico le marcó; como contrapartida a ese aumento de deberes y poderes le fueron señaladas obligaciones, entre las cuales, la necesidad de justificar sus decisiones aparece en primer plano.

3.2 Poderes disciplinarios

La parte final del artículo 80 persigue el decoro, el orden y la comprensión de quienes se encuentran desempeñando actos procesales. El código señala en esta norma, las atribuciones que tiene el juez para mantener el orden dispuesto y el control sobre la conducta de las partes. Por ello, el comportamiento de las partes, y especialmente de los letrados, guarda una estrecha vinculación con la ética profesional.

El profesional tiene el deber de cuidar su técnica y de observarla con inteligencia y constancia. No se limita, por tanto, a considerar el concepto de ciencia como punto de referencia de un deber moral específico, sino que, junto a tal poder, existe la obligación jurídica de conducirse según la técnica más apropiada. La corrección profesional impone también otros deberes tales como el tacto, la escrupulosidad, el orden, la cautela, la prevención, la seriedad, y preparación en el estudio y despacho de los asuntos que se le asignan.

En cuanto al nexo con los principios de lealtad y probidad, va de suyo que aparejan una doble intención: respetuosidad hacia la parte y hacia el órgano jurisdiccional.

El sentido de este comportamiento, pretende la adecuación a las reglas del orden, decoro, corrección y buena educación. Entendiendo por orden a la tranquilidad, armonía y equilibrio que debe existir en el proceso para su normal desarrollo y por decoro, al respeto en sentido estricto que se debe tanto al tribunal como a todos los intervinientes en el proceso.

De la norma se desprende el ejercicio del poder de policía en el proceso que tienen los jueces, dirigido a asegurar la marcha regular de la contienda. Habrá de repararse que la corrección disciplinaria difiere de la contemplada en el artículo 284 pues

esta última versa sobre la potestad que tiene la jurisdicción para sancionar la temeridad (conciencia de la propia sin razón) o malicia (comportamiento obstruccionista) de los litigantes.

En consecuencia, los escritos judiciales deben ser respetuosos y las incorrecciones que exhiban deben ser calificadas de oficio por el juzgador, pero con una diferencia esencial. Si la calificación ofensiva se dirige *a la parte* y ésta no hace el planteo que el juez señale respecto a solicitar que se teste la frase respectiva, ella debe mantenerse pues la manifestación agraviante no puede ser tal cuando se acepta, pese a la experiencia en el manejo de la cuestión procedimental que pueda tener el juez con relación a sus términos para razonar la falta al decoro.

Esta posibilidad de consentir frases o expresiones indecorosas, ofensivas, de desprestigio o insultantes hacia la parte contraria, se pueden controlar pero no se permite testarlas cuando se aceptan expresamente.

En cambio, si la ausencia de delicadeza se profiere en alegaciones y/o afirmaciones *hacia el juez*, el exceso del derecho del litigante a formular las críticas de la decisión judicial que considera errónea o injusta, constituyen un desborde de palabra, un exceso de lenguaje, que conllevan un trato indecoroso, desconsiderado y ofensivo para con la magistratura, y por tanto, debe ser evitado, pues no se compadecen con el respeto y la mesura que debe dispensarse en el marco de la confrontación y discrepancia de posiciones a las cuales tienen las partes plenos derechos.

La praxis de derecho merece y exige un ejercicio sabio y sereno no sólo por parte de los magistrados y funcionarios judiciales que deben atender los intereses de los justiciables, sino también de las partes y de sus abogados, quienes, en el ámbito del litigio judicial, deben observar una conducta prudente, con el fin de no denigrar su tarea profesional y preservar la dignidad

de su ejercicio. Así, el comportamiento de las partes y, especialmente, el del letrado que las patrocina, guarda estrecha vinculación con la ética profesional. Por ello, a lo largo del proceso el abogado debe cuidar su técnica, adecuando el ejercicio de su ministerio profesional a las reglas del orden, decoro, corrección y buena educación.

La irrespetuosidad se evidencia tanto en expresiones ofensivas como en alegaciones inconvenientes. Ejemplo de las primeras son las manifestaciones que tienden a herir el honor, el decoro o la reputación de una persona (v.gr.: Tiene intención ofensiva y sentido peyorativo la frase que imputa al juez haber dictado la sentencia *a ojo de buen cubero* por lo que debe sancionarse al litigante que la formula).

En Argentina, la Corte Suprema de Justicia dijo que […],

> "la confrontación de opiniones y aún la mayor e irreconciliable discrepancia a las cuales podría dar lugar una decisión de la Corte o de cualquier otro magistrado, debe ser expresada, en el supuesto de ser admisible, con el respeto y la mesura que sólo pueden resultar de un lenguaje llano y frontal, jamás sobre la base de un discurso que pretende antes ridiculizar la decisión que no se comparte, que obtener la rectificación de lo que fundadamente se entiende como equivocado o perfectible"[46].
> Esta decisión que nos sirve como doctrina, no sería propia como expresión a testar pues en el caso se trató de una disidencia inherente a la naturaleza de los tribunales colegiados, donde es el propio magistrado quien cuestiona lo decidido por el presidente de la Corte, poniendo de manifiesto una actitud teñida de un subjetivismo a todo trance que es ajena, por cierto, a la prudencia, circunspección y mesura que son componentes indispensables de todos los actos jurisdiccionales. Esas frases ofensivas se reiteraron en una comunicación por oficio, remitido a título individual a la Corte, en el cual bajo la invocación de obtener cierta información sobre las razones que fundaron la acordada 20/95, se deja traslucir un discurso oblicuo e indisimulablemente irónico para dar a conocer su discrepancia con las circunstancias consideradas por el Tribunal para fundar la decisión mencionada.

46. CS, 26 de marzo de 1996, "*B., N. H.*", La Ley, 1996-C, 538.

En síntesis, los términos empleados en los escritos judiciales que, aun sin llegar a ser injuriosos, indecorosos u ofensivos, menoscaban el nivel de la controversia jurídica, además de ser francamente innecesarios desde que nada agregan a la eficacia con que pudo sostenerse una postura frente a la cuestión surgida, autorizan al Tribunal a aplicar las medidas que les compete en ejercicio de la policía procesal que cumplen.

Recordemos que el abogado, como auxiliar de la justicia, es responsable por el empleo del lenguaje reprochable y, en consecuencia, pasible de las sanciones pertinentes, ya que es su deber la utilización del lenguaje con moderación y corrección. En el proceso no se dice lo que se quiere y como quiera, sino regido por las reglas y principios de la legalidfad formal que trasunta la violuntad declarada.

En síntesis, al juez no se le pueden reconocer otras facultades sancionatorias que no sean aquellas que la ley les atribuye. Finalmente, cuadra agregar que la exclusión de las audiencias de quienes perturben su desarrollo no alcanza a los letrados de las partes, quienes en tal caso, serán sancionados con el poder de policía específico del proceso, o tras la sustanciación de la denuncia que al órgano profesional se efectúe.

3.3 El principio de moralidad en el proceso

El resguardo del principio moral es el primer objetivo que debe cumplir el comportamiento con lealtad y probidad en el proceso. Este es un fin genérico, omnicomprensivo, que resulta

propio y naturalmente exigible a cualquier individuo que pone en marcha el aparato estatal en busca de solucionar un conflicto de intereses.

El fundamento jurídico atañe a la finalidad del proceso civil. La jurisdicción protege los derechos subjetivos de los particulares, procura el mantenimiento del orden entre los coasociados y tiende a la conciliación de los contrapuestos intereses individuales.

De este modo, la justicia aparece como un servicio público que no puede ser vulnerado por el exceso de las partes a través del abuso procedimental.

Ambos términos ponen de relieve el contacto entre el derecho y la moral.

Pero estas coincidencias no surgen naturales; más bien aparecen exigidas por razones político-sociales. Sin embargo es lógico que así sea, pues a todos interesa que los hombres tengan un proceder honesto en su vida y, frente al conflicto y la necesidad de su reparación judicial, que el mismo sea resuelto en el marco de una composición justa y equitativa.

De modo, entonces, la relación entre derecho y moral supone un entrelazamiento entre el derecho "correcto" y la moral "correcta". La lealtad y la probidad son propiciadas a punto tal que obtienen una suerte de institucionalización y se convierten en un deber externo, indiferente al sentir interno del individuo que puede o no conformarse al principio.

Incurso el comportamiento desleal, atípico, el fundamento moral corre el riesgo de su quiebra, si no cuenta con elementos coactivos que lo impongan.

En este juego dialéctico entre lo bueno y lo malo, lo correcto y lo incorrecto, lo moralmente exigible y lo socialmente repudiable, existe una franja muy extensa de situaciones híbridas que sólo el juez puede ponderar y calificar según su ciencia y experiencia.

El código procesal reclama a partes y letrados un comportamiento ajustado a los principios de lealtad, probidad y buena fe. Todos ellos se reúnen en torno a la moralidad procesal. La probidad, en sentido general, atañe a la honorabilidad y, dentro de ésta, a la honestidad.

Importa una doble consideración respecto de su presencia en el proceso: la probidad en las actuaciones procesales, como obligación ética de comportamiento ritual, y la probidad profesional que, por su amplitud, puede extenderse a la conducta privada del abogado. De hecho, la actuación en el proceso repercute en la consideración profesional.

La regla de probidad en la conducta del abogado puede interpretarse como una manifestación del concepto *honeste vivere* que procede del derecho romano.

Son ejemplos de conducta ímproba en el proceso, la del abogado que no privilegia los principios de diligencia, corrección y desinterés; o la del letrado que renuncia a su mandato y no devuelve el dinero recibido para depositar con destino a gastos y honorarios; o que deja vencer los plazos para interponer un recurso; también, el caso del apoderado que no cumple todo su cometido, o que tiene propósitos dilatorios o entorpecedores, etc.

Adviértase que cualquiera de estas conductas desdorosas refleja la calidad profesional, pero no se sancionan dentro del proceso donde suceden.

Con criterio finalista, podría significar que, mientras en la conducta contraria al decoro puede encontrarse una ofensa directa e inmediata a la autoridad del juez dentro del proceso, en la actitud que se encamina a la violación de la regla de probidad y buena fe, se ataca sólo en forma directa e inmediata esos valores, ya que es primordial y relevante el escarnio que se hace de los derechos del contrario.

Desde otro punto de vista, la *lealtad* puede asumirse como una regla de costumbre que no tiene sanción jurídica fuera del proceso, pero sí una grave reprimenda moral, por la cual los pares reprueban a quien se aparta de los principios éticos de la profesión.

Sin embargo, también la lealtad puede encontrarse en los deberes de colaboración y solidaridad que alienta el sentido publicístico del proceso.

En uno y otro caso, se puede ver como la lealtad, la probidad y la buena fe, funcionan dentro de las actividades procesales y extraprocesales.

También se advierte, de qué manera el juez controla el buen orden de las actuaciones a través de lo que podríamos llamar la "policía del proceso"; y las corporaciones de abogados o los tribunales superiores fiscalizan y aseguran la dignidad y decoro de la profesión, incluyendo la libertad de su ejercicio.

No se trata, claro está, de una doble jurisdicción, y menos aun, de un juzgamiento simultáneo por una misma causa. Es un dualismo ancestral, perfectamente diferenciado en el que la potestad de mantener el decoro y la dignidad de la abogacía reprime a los letrados que por sus faltas puedan hacerse culpables; en tanto que al juez, mediante el código procesal aplicable, tiene una facultad distinta consistente en reprimir los abusos que ante la justicia se cometan.

Tanto la temeridad como la malicia conforman tipos de conducta disvaliosas que agreden el principio de moralidad en el proceso. Ambos comportamientos no se identifican, por lo cual es preciso distinguirlos. La temeridad alude a una actitud imprudente o desatinada, echada a los peligros sin medir sus consecuencias. Es un dicho o hecho sin justicia ni razón y destinado, especialmente, a afrentar valores morales del prójimo.

La malicia se configura por la omisión deliberada de un acto procesal, o cuando se lo ejecuta indebidamente para que pueda producir el mismo resultado. En general, expresa un propósito obstruccionista y dilatorio tendiente a la paralización o postargación de la decisión final que debe dictarse en el proceso.

Estas modalidades son advertidas por el juez al tiempo de dictar sentencia[47] y constituyen una actividad específica entre

47. El artículo 131 del Código Orgánico de la Función Judicial establece con el título: *Facultades correctivas de las juezas y jueces*.- A fin de observar una conducta procesal correspondiente a la importancia y respeto de la actividad judicial, las juezas y jueces deben: 1. Devolver los escritos ofensivos o injuriosos, sea que las injurias vayan dirigidas contra la jueza o juez, servidora o servidor del tribunal o juzgado, la contraparte o su defensora o defensor, sin perjuicio de la sanción que pudiere imponer y lo dispuesto por el Código Orgánico Integral Penal. Para devolver el escrito e imponer la sanción, el tribunal, jueza o juez ordenará que la secretaria o el secretario deje copia de la fe de presentación en el expediente y archive la copia del escrito. Si éste contuviere la interposición de un recurso, una petición de aclaración, ampliación, reforma o revocatoria u otra semejante, dispondrá que la actuaria o el actuario deje copia de la parte que contiene la petición, y proveerá a ella. El procedimiento reiterado de injuria por parte de la defensora o defensor obliga a la jueza o juez a aplicar la sanción correspondiente; 2. Expulsar de las actuaciones judiciales a quienes alteren su desarrollo o atenten contra su legal evolución. Si se trata de una de las partes, se le impondrá además los apercibimientos que hubieren sido aplicables de no haber asistido a la actuación. Estas medidas se aplicarán sin perjuicio de las acciones penales a que hubiere lugar si el hecho constituyera contravención o delito; 3. Declarar en las sentencias y providencias respectivas, la incorrección en la tramitación o el error inexcusable de servidoras y servidores judiciales, y comunicar al Consejo de la Judicatura a fin de que dicho órgano sustancie el procedimiento administrativo para la imposición de sanciones; 4. Sancionar a las y a los defensores privados que no comparezcan a cualquier audiencia judicial, con multa de hasta dos salarios básicos unificados

los deberes jurisdiccionales para considerar la conducta profesional genérica.

del trabajador en general, salvo caso fortuito o fuerza mayor; y, 5. Aplicar las demás sanciones que este Código y otras normas establezcan. De la providencia que imponga la sanción se podrá recurrir en la forma prevista en la ley. La interposición del recurso de apelación solo suspenderá la ejecución de la sanción y no impedirá el trámite y resolución de la causa principal.

Capítulo IV

El principio de intimidad

1. Artículo 7 del COGEP

Esta norma presenta como *principio de intimidad* un deber jurisdiccional que se aloja antes que un principio de naturaleza procesal, en una consecuencia natural de la garantía de intimidad que la Constitución predica.

En efecto, dicho precepto dice […]:

> Las y los juzgadores garantizarán que los datos personales de las partes procesales se destinen únicamente a la sustanciación del proceso y se registren o divulguen con el consentimiento libre, previo y expreso de su titular, salvo que el ordenamiento jurídico les imponga la obligación de incorporar dicha información con el objeto de cumplir una norma constitucionalmente legítima.

Pero la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 66.19 reconoce:

> […] "el derecho a la protección de datos de carácter personal, que incluye el acceso y la decisión sobre información y datos de este carácter, así como su correspondiente protección. La recolección, archivo, procesamiento, distribución o difusión de estos datos o información requerirán la autorización del titular o el mandato de la ley".

Más adelante, en la Sección quinta del mismo ordenamiento fundamental, se concreta la "Acción de habeas data" en los términos siguientes […]

> *Art. 92.-* Toda persona, por sus propios derechos o como representante legitimado para el efecto, tendrá derecho a conocer de la existencia y a acceder a los documentos, datos genéticos, bancos o archivos de datos personales e informes que sobre sí misma, o sobre sus bienes, consten en entidades públicas o privadas, en soporte material o electrónico.
> Asimismo tendrá derecho a conocer el uso que se haga de ellos, su finalidad, el origen y destino de información personal y el tiempo de vigencia del archivo o banco de datos.
> Las personas responsables de los bancos o archivos de datos personales podrán difundir la información archivada con autorización de su titular o de la ley.
> La persona titular de los datos podrá solicitar al responsable el acceso sin costo al archivo, así como la actualización de los datos, su rectificación, eliminación o anulación. En el caso de datos sensibles, cuyo archivo deberá estar autorizado por la ley o por la persona titular, se exigirá la adopción de las medidas de seguridad necesarias.
> Si no se atendiera su solicitud, ésta podrá acudir a la jueza o juez. La persona afectada podrá demandar por los perjuicios ocasionados.

El cuadro de presentación nos permite dividir los derechos en dos secciones diferenciadas. De un lado aparece el deber judicial de mantener en secreto y confidencialidad los datos personales que se revelan en un litigio; y por otro aparece la protección que tiene toda persona para la defensa de sus datos personales, a cuyo fin dispone de la garantía procesal que fundamenta el proceso constitucional de habeas data, donde se consignan varios derechos emergentes.

2. El habeas data como vía procesal

Por su lado la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece en el Capítulo VI bajo el título de "Acción de habeas data", el objeto que porta esta garantía, la que podría ser vinculada con el Código General si aplicamos el artículo 50 inciso 3 que establece […]

> 3. Cuando se da un uso de la información personal que viole un derecho constitucional, sin autorización expresa, salvo cuando exista orden de jueza o juez competente.

En la jurisprudencia constitucional cabe citar las sentencias del Caso 0049-2008-HD, Sala Primera del Tribunal Constitucional de Ecuador, dictada en Quito el 15 de octubre de 2008, en la que el Alto Tribunal afirma que […]

> "El habeas data es una garantía constitucional creada para salvaguardar el derecho a la autodeterminación informativa, esto es, mantener el control de los datos que existan sobre una persona o sobre sus bienes, y para proteger el derecho a la honra, a la buena reputación y a la intimidad personal y familiar".

En el mismo año se resuelve el Caso 0065-2008-HD de la Sala Tercera del Alto Tribunal, cuando afirma que la aparición del derecho "habeas data" en la Constitución Política de la República es […]

> "Creada para salvaguardar el derecho a la autodeterminación informativa, procura mantener el control de los datos que existan sobre una persona o sobre sus bienes, y para proteger el derecho a la honra, a la buena reputación y a la intimidad personal y familiar" […]. "El recurso de Habeas Data, tiene un rango de garantía en nuestra Constitución Política del Estado, siendo una herramienta eficaz en la búsqueda de la justicia, a la que todos los habitantes de su

territorio pueden acceder, estando normadas las causales y los procedimientos mínimos para invocar esta garantía constitucional, siendo un pilar fundamental que la información peticionada vulnere derechos fundamentales".

Para la Corte es claro que el derecho al habeas data opera en el contexto determinado de la administración de bases de datos personales. Por tanto, su ejercicio es imposible jurídicamente en relación con información personal que no esté contenida en una base o banco de datos, o con información que no sea de carácter personal.

Estos presupuestos han permitido que se descarte la invocación del habeas data, por ejemplo, para proteger información personal que conste en distintos soportes, no organizados en una base de datos o en un fichero, o para proteger información de otro carácter, como información académica, científica, técnica, artística que, a pesar de estar contenida en base de datos o archivos, esté desvinculada de personas naturales o jurídicas.

Esta línea, en consecuencia, descarta que se pueda usar el proceso constitucional cuando se revelan datos íntimos de un proceso. En todo caso, hay que resolver la consecuencia cuando ello sucede, y las responsabilidades emergentes.

3. La intimidad y los datos del proceso

El derecho a la intimidad es amplio y omnicomprensivo. Ocupa sencillas manifestaciones del derecho a la soledad y a no ser perturbado en la vida privada, como también otras situaciones, por ejemplo, la reserva y confidencialidad de ciertos actos, la intimidad familiar, la defensa del honor, el derecho a la propia imagen, o la protección de la identidad. Inclusive, la categoría principal no se precisa, de forma que para algunos es la dignidad humana y para otros el derecho a la privacidad; pero si únicamente se focaliza el tema procesal, la mayoría sostiene que se trata de un límite al derecho a la información, o bien, un derecho a la autodeterminación informativa.

Evidentemente, tamaña extensión y perfiles impide sostener que el habeas data sea el proceso de defensa para todos ellos, y por eso, pareciera más importante, antes que definir la vía procesal, establecer el alcance del derecho fundamental agregado en la Constitución Política.

> En el artículo de Warren y Brandeis encontramos –dice García San Miguel– una definición ya clásica que hizo fortuna: la intimidad es *the right to be alone*, el derecho a estar solo, el derecho a la soledad. Sin embargo, esta definición no parece cubrir todo lo que actualmente consideramos incluido en el ámbito de aquél derecho. Pensamos que nuestra intimidad viene agredida por escuchas telefónicas, fotos tomadas a distancia con teleobjetivo y uso indebido de datos informáticos, pese a que nada de ello comporta la presencia física de otras personas. Es decir que, aunque en muchos casos estemos literalmente solos, nuestra intimidad puede resultar dañada por manejos que se emprenden a distancia y, a menudo, sin que el interesado se entere de los mismos[48].
> Por ello, algunos autores propusieron definiciones diferentes. Fried, en un trabajo de 1979 que lleva por título *An anatomy of values* define la intimidad como "control sobre la información que nos concierne", y Parker, en otro trabajo de 1974, con el título *A definition of privacy*, la define como "control sobre cuándo y quién puede percibir diferentes aspectos de nuestra persona" […].
> La intimidad es, por tanto, el derecho a no ser conocidos, en ciertos aspectos, por los demás. Es un derecho al secreto, a que los demás no sepan lo que somos o lo que hacemos.

48. García San Miguel Rodríguez-Arango, Luis, *Estudios sobre el derecho a la intimidad,* Tecnos-Universidad Alcalá de Henares, Madrid, 1992, p. 45.

En la legislación ecuatoriana, la intimidad se reconoce en el más alto grado al estar previsto en el art. 66.20 de la Constitución que asegura "El derecho a la intimidad personal y familiar". Cambiando el conjunto antes regulado en el art. 23 de la Constitución Política de 1998 que reconocía y garantizaba *el derecho a la honra, a la buena reputación y a la intimidad personal y familiar.*

Al verificar que el numeral actual se distancia del anterior, es probable que se pueda entender que el campo de la intimidad es distinto al de los datos personales.

No obstante, es preciso armonizar el ámbito de derechos protegidos por cada uno, pues existen en todos los casos, posibilidades que son alternativas para la eficacia de la defensa judicial de la vida privada.

La perturbación a la intimidad se puede relacionar con otros derechos significativos. Por ejemplo, publicación de retratos (derecho a la imagen); difusión de correspondencia (derecho al secreto; confidencialidad y reserva); mortificación de costumbres o sentimientos (posible vulneración de datos sensibles); o cualquier otro modo de perturbación que afecta la vida privada (dar a publicidad situaciones de crisis conyugal; cesaciones de pago; publicar una declaración elogiando un producto o suscribiendo una petición política que nunca firmó; revelar arbitrariamente el carácter adoptivo o matrimonial de un hijo sin el consentimiento de los padres; no entregar el cadáver de un niño nacido muerto a sus padres dándole horrible destino, etcétera. En cada supuesto el afectado tiene acciones civiles que no tendrían vínculo con el habeas data, porque sería información tomada directa o indirectamente de fuentes de acceso, donde el expediente judicial es una de esas posibilidades.

Sin embargo, una acción de abstención puede ser adecuada si con ello se consigue paralizar los efectos perniciosos de la invasión a la intimidad; pero no resulta efectiva para resolver la

afectación de otros supuestos como la lesión a la imagen, la difusión de un secreto, la exposición pública de costumbres o comportamientos que inciden en la personalidad del damnificado. Para estos supuestos, se puede escoger entre la acción indemnizatoria, o la acción penal correspondiente (si ella está prevista), o ambas simultáneamente.

El paralelo pretende significar que los derechos proyectados desde la tutela de la intimidad en el campo sustantivo, difiere del amparo constitucional previsto, debiendo el juez en cada supuesto establecer el tipo de procedimiento adecuado a la pretensión que se promueva. Inclusive, como el artículo 7 solamente pone un deber de los jueces sin establecer sanciones, la discrecionalidad técnica es muy amplia.

Asimismo, en el terreno de la intimidad anidan otras cuestiones que se vinculan como derechos personalísimos, tales como el honor, la imagen, la dignidad, el perfil frente al público o la opinión personal que de uno se tiene, etc., los que por su variedad llevan a trazar un conjunto de situaciones que merecen tanto respeto como los ya observados. Y, en consecuencia, ¿cuál es la respuesta procesal para ellos? ¿Es el habeas data?

> Se ha simplificado el problema de limitar los derechos que ocupan el espacio de la intimidad con el fin de precisar las vías procesales específicas. En este sentido Herrán Ortiz sostiene que resulta un claro desacierto considerar que cuanto menos se conozca de la vida de las personas se goza de mayor intimidad, ya que ésta no consiste simplemente en la ausencia de información personal. En efecto, la intimidad se refiere a una esfera tan interior del individuo que en principio solo él puede revelar. Así, el carácter confidencial de los datos no es, a diferencia del derecho a la intimidad, un instrumento cuya utilización dependerá de los fines y del modo en que se haga uso de la misma.
> En definitiva, si "íntimo" es lo que cada persona reserva para sí y a los demás no es lícito invadir, confidencial es

> aquello que se revela a alguien con la intención o ánimo de que no sea revelado a los demás sin el consentimiento del interesado. De igual manera, no puede desconocerse que si bien en un primer acercamiento al derecho a la intimidad éste se puede relacionar estrechamente al "secreto", debe admitirse que la intimidad no implica exclusivamente la ausencia de información sobre la vida de la persona; representa, por el contrario, una necesidad de "vida interior", o relación intra-personal, de reflexión de los propios sentimientos y pensamientos[49].

4. El derecho a que no se afecte la imagen personal con la difusión de datos del juicio

Seguramente en los tiempos actuales la comprensión del concepto de "imagen" se encuentra afectada por la idea de apariencia sobre lo que uno es y representa ante los demás. Antes, la imagen era una pertenencia de la persona que se violaba cuando, sin consentimiento, se reproducían sus rasgos físicos en forma reconocible a través de un soporte material cualquiera. Hoy la reputación se forja también desde la apariencia transmitida.

Es decir, ambas facetas se ocupan de proyecciones distintas de un mismo derecho. Mientras la imagen es el derecho que uno conserva para mostrarse ante los demás, y como tal, es un derecho intrínseco de la intimidad; el otro es el poder estrictamente individual de impedir el uso de nuestra fisonomía a través de un medio de reproducción cualquiera.

> La invención de la fotografía y el grabado, así como el extraordinario desarrollo que en la vida moderna ha alcanzado la publicidad y la propaganda mercantil e industrial plantearon, a partir del siglo pasado, según dice Concepción Rodríguez –siguiendo a Castán Tobeñas– la cuestión del derecho a la imagen[50].

Sin embargo, esta es una distinción no aceptada en legislaciones donde el "derecho a la propia imagen" se construye como límite específico de las libertades de expresión e información.

En efecto, en España doctrina de las más calificadas sostiene que el derecho a la propia imagen […]

> "Es un derecho innato de la persona, derecho que se concreta en la reproducción o representación de la figura de ésta, en forma visible y reconocible. Es un derecho subjetivo de carácter privado y absoluto. Es un derecho personalísimo, pero dotado de un contenido potencialmente patrimonial en cuanto que a través de su ejercicio pueden obtenerse bienes económicamente valorables, y además en cuanto a la posible indemnización pecuniaria en el caso de su violación. Es un derecho inalienable; como tal irrenunciable, y en general, inexpropiable. Es un derecho intransmisible mortis causa, bien que su tutela post mortem corresponda fundamentalmente a los más próximos parientes del difunto. Es, en fin, un derecho imprescriptible"[51].

En tal sentido, por constituir la exteriorización de la imagen una misteriosa impronta de la personalidad, nadie, sin estar debidamente autorizado, puede propagar mediante ilustraciones la efigie de una persona aunque ella se muestre en público y el público la conozca. Y este razonamiento no meramente especulativo, lleva a la conclusión de que no son los bienes jurídicos del honor ni del secreto personal el contenido propio y genuino del derecho a la propia imagen; porque la reproducción arbitra-

49. Herrán Ortiz, Ana Isabel, *La violación de la intimidad en la protección de datos personales,* Dykinson, Madrid, 1999, p. 45.

50. Concepción Rodríguez, José Luis, *Honor, intimidad e imagen*, Bosch, Barcelona, 1996, p. 200.

51. Gitrama González, Manuel, *Derecho a la propia imagen*, SEIX XI, Madrid, 1962, p. 12.

ria de una figura humana puede no lesionar el honor de la persona reproducida, ni quebrantar el secreto de una vida privada cuando se trata de exhibición popular *ad incertas personas*, en ellos desaparece aquel secreto o derecho a la reserva de la figura humana.

> El Tribunal Constitucional español ha dicho que "los derechos a la intimidad personal y a la propia imagen, garantizados por el artículo 18.1 de la Constitución, forman parte de los bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida personal y familiar que queda sustraído a intromisiones extrañas. Y en este ámbito de la intimidad, reviste singular importancia la necesaria protección a la propia imagen frente al creciente desarrollo de los medios y procedimientos de captación, divulgación y difusión de la misma y de datos y circunstancias pertenecientes a la intimidad que garantiza este precepto"[52].

El derecho a difundir el nombre o la fotografía de una persona sin ocasionarle molestias o perjuicios depende en gran medida de la subjetividad que el individuo tenga respecto a su vida privada. Una persona cualquiera tiene derecho a que se la proteja en su vida y en su propiedad, y actualmente el primero ha llegado a significar el derecho a disfrutar de la vida, sin la publicidad o perturbación de una encuesta organizada sin autoridad. Los tribunales aseguran aquél derecho "a ser dejado en paz" que recuerda el derecho a estar a solas, propio de la privacidad.

Los derechos íntimos deben ser respetados al igual que los deseos y sensibilidades de la gente, los que pueden vulnerarse cuando se afecta la esfera inalienable de la imagen que ante los demás se tiene.

52. STC, 170/87, cfr. Gozaíni, Osvaldo A., *Derecho Procesal Constitucional - Habeas Data. Protección de Datos Personales.* Rubinzal Culzoni, Buenos Aires / Santa Fe, 2008, p. 345.

A partir de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre –1948– (art. 12) se protege especialmente la vida privada y la honra, transmitiendo a las cartas constitucionales del mundo el derecho consagrado.

> Sostiene Basterra que en la Ley Fundamental de Argentina no hay artículo que se refiera al derecho a la imagen propia, o al propio perfil, pero está implícito a través de las normas supranacionales que quedaron incorporadas a nuestra Constitución después de la reforma de 1994, en el art. 75 inciso 22. Por su parte el art. 43 establece la garantía de habeas data como el acceso a los datos, y la finalidad que se dará a los mismos y la posibilidad según los casos de rectificación, supresión, confidencialidad y actualización de los mismos. Nada dice en relación a los derechos protegidos en doctrina, varios autores consideran entre los derechos tutelados por esta garantía, el derecho a la propia imagen[53].

La evolución de este derecho advierte el paso de la defensa patrimonial de lo que es intrínsecamente propio (el producto del intelecto) al campo de lo espiritual (la tranquilidad de conciencia) y terrenal (vivir una vida propia sin interferencias). Por ello está bien que la imagen se considere como un derecho de la personalidad, o como una barrera que evita perturbar la dignidad humana. Ello es consecuencia de la evolución legislativa, pero también lo es, de la propia estima que el hombre reconoce sobre su persona.

> Dice Puig Brutau que "si se considera el derecho de la personalidad como una institución puesta al servicio de la persona para hacer valer su dignidad como tal, no cabe duda que la dignidad moral es un bien que merece ser protegido; por consiguiente, toda persona tiene derecho a recibir de los demás un trato acorde con la dignidad que el ordenamiento jurídico reconoce a todo sujeto de derecho, y en ese sentido cabe hablar de honor como una manifestación del derecho

53. Basterra, Marcela I., *Habeas data: derechos tutelados,* Revista Doctrina Judicial, 1993-3, pp. 77 y ss.

de la personalidad, que repercute además en la consideración que la propia persona tenga de sí misma"[54].

Ahora bien, la imagen en sí misma puede transmitirse en dos formas: a través de la reproducción por cualquier medio de una figura propia, que sería un supuesto objetivo, inmediatamente reconocible. O bien, como creencia que los demás tienen sobre nuestra persona a partir de la imagen pública que expresamos, caso éste que resulta esencialmente subjetivo.

Por ello, mientras es posible actuar prontamente para la defensa de la imagen cuando esta se afecta en la publicación de fotografías o retratos producidos sin autorización del titular; resulta más difícil encontrar la vía de respuesta a las agresiones contra la reputación cuando ella no alcanza para lesionar el honor de la persona. Adviértase que en éste, el comportamiento atacado es aquél que pretende afectar la consideración social del individuo.

En uno y otro caso, el habeas data no parece ser la herramienta más precisa, salvo claro está, que el camino aplicado para inferir el agravio sea un dato transmitido desde un archivo o base registral.

> Así pues –dice Herrán Ortiz– el derecho a la propia imagen debe identificarse con los derechos de libertad, de manera que al individuo le es garantizado el derecho a decidir libremente respecto a su imagen, adoptando en su caso las medidas que procedan para impedir la divulgación de imágenes o retratos de la persona, aunque la misma no dañe su honor, ni interfiera en su derecho a la intimidad. Claro que no se requiere la intención dañosa o injuriosa para que la libertad del sujeto, en cuanto a su imagen, se considere vulnerada, y constituye una realidad irrefutable que el simple hecho de divulgar, exhibir o publicar la imagen de la

54. Puig Brutau, José, *Fundamentos de derecho civil*, tomo I, Bosch, Barcelona, 1979, p. 211.

> persona puede y debe ser cuestión que quede al exclusivo arbitrio de cada individuo[55].

La especialidad del proceso constitucional evita confundir el derecho a la propia imagen con el derecho a la intimidad o el derecho al honor, aunque no es necesario establecer una diferencia manifiesta entre ellos, pues en definitiva el derecho personalísimo que se tiene apunta a proteger la identidad personal mediante el habeas data; mientras que el honor y la intimidad se tutela con herramientas específicas sustantivas (civiles y penales).

> De todos modos, al proteger a la persona de las invasiones ilegítimas (sea por reproducción gráfica o difusión escrita) contra esa parte de la vida que quiere mantener fuera del alcance de otros, evidentemente también se defiende la privacidad o el derecho a tener una vida privada.

5. Fama y reputación

La intimidad se podría representar, en forma figurada, cual si fuera una espiral cuyo núcleo contiene la más sagrada de las reservas que la persona quiere mantener. Aparece así una suerte de anillos donde el más expuesto hacia el exterior es el que los demás observan y conocen, y que puede asentar en la esfera de la fama o reputación.

> De manera similar, la doctrina alemana intenta profundizar el contenido de la intimidad distinguiendo en él tres esferas. Constituirían a modo de círculos concéntricos, representativos de una triple graduación de la vida privada, desde el más permisivo al más restringido. Novoa las explica diciendo que la más amplia, o *esfera privada*, com-

55. Novoa Monreal, Enrique, *Derecho a la vida privada y libertad de información,* Siglo XXI, Madrid, 1981, p. 55.

> prende todos aquellos comportamientos, noticias y expresiones que el sujeto desea que no lleguen al conocimiento público. Se incluye aquí la imagen física de la persona y su comportamiento, aun fuera del domicilio, que no debe ser conocido sino por quienes se encuentran en contacto con él. Le sigue la denominada *esfera confidencial*, que abarca lo que el sujeto participa a otra persona de confianza; de esta esfera quedan excluidos, aparte del público en general, aquellas personas que operan en la vida privada y familiar. Aquí se incluyen correspondencia, memorias, etc. Finalmente, como círculo concéntrico de menor radio, aparece la *esfera del secreto*, que corresponde a las noticias y hechos que por su carácter extremadamente reservado han de quedar inaccesibles a todos los demás.

En España, la ley de Tratamiento de Datos (derogada a fines del año 1999), identifica la defensa de la fama cuando ella supone reputación profesional. En la exposición de motivos se lee: "*el conocimiento ordenado de esos datos puede dibujar un determinado perfil de la persona, o configurar una determinada reputación o fama que es, en definitiva, expresión del honor*".

Esta inclusión en el terreno que el honor abona nos llevaría a interrogar si los actos lesivos dirigidos contra la fama pueden ser resueltos por las acciones que sirven a la defensa de la honorabilidad, o en su caso, si la herramienta precisa es sancionar al juez que difunde o permite que se conozcan datos de un expediente judicial.

Las posibilidades se alternan entre la visión patrimonialista que privilegia la atención sobre el daño provocado y, en consecuencia, la reparación a través de una indemnización por el perjuicio sufrido; o bien, la tutela del honor, ya sea en su aspecto interno afirmado en la autoestima, o en su faz externa integrado por el reconocimiento que los demás hacen de nuestra dignidad.

> El Tribunal Constitucional español ha terminado por incluir la fama o prestigio profesional dentro del concepto constitucional de honor en sentido trascendente, que no es otro que la opinión que la gente pueda tener de cómo trabaja cada cual y que respeto merece por ello.

No existen dudas respecto al derecho a la necesidad de protección jurídica que tienen ambas cuestiones, el punto a esclarecer es si el derecho se apoya en un derecho fundamental, o en su caso, en una solución material sostenida en la reparación de los perjuicios sufridos.

Cada profesión tiene códigos deontológicos que previenen las actitudes deshonrosas de los hombres que en el sector se desempeñan. Quienes no responden a esas normas de conducta moral o ética profesional, son sancionados. Una regla no escrita supone que a mayor responsabilidad, mayores son los deberes de conducta, y en consecuencia, más graves debieran ser las sanciones.

Ahora bien, afinando el concepto se advierte que cada vez más nos alejamos de la tutela prometida desde el habeas data, en cuyo caso, esta vía solamente sería útil cuando en un archivo o registro se encuentren datos que descalifiquen o menosprecien la calidad del profesional.

Sin embargo, también en este punto hay que tener cuidado, pues los datos sobre una persona pueden capturar opiniones que otros tienen de ella a través de las publicaciones que constituyen críticas u observaciones que definen la expresión del arte, oficio o profesión que tiene.

> Bien apunta Cifuentes que es necesario buscar un punto de equilibrio entre la libre crítica y la ofensa de la persona. Esto será, por fatalidad, cuando alguien se siente ofendido en su condición profesional, desempeño de su especialidad o creación literaria, científica, artística, cultural y pública supedi-

> tado a la decisión judicial. El magistrado, según las circunstancias, pruebas y elementos objetivos y subjetivos del caso, deberá graduar la fuerza del cuestionamiento, de la ironía acusadora, del juicio desfavorable y sus comentarios y manifestaciones, a fin de establecer si se ha sobrepasado el mero disentimiento, para desmerecer la persona con aguda saña o en aspectos privados y propios de la honorabilidad profesional[56].

El acto de informar o difundir datos que puedan lesionar la honorabilidad de una persona, o al menos, su reputación personal o profesional, se distingue de las vías positivas de defensa que el derecho tiene, pues el buen nombre vituperado solamente tiene indemnización económica, haciendo cierta la expresión que sostiene que, una vez que el dato se ha hecho público es inútil cualquier corrección, y lo único que queda, es la reparación patrimonial de un daño que, moralmente, no tiene sosiego.

Desde otro punto de vista, también se puede enfocar el derecho que el individuo tiene para no descubrir facetas de su personalidad que le provocan deshonra o, al menos, son indecorosas para su imagen.

Surge así una suerte de relación confusa entre el engaño y la intimidad, una conducta que se puede ocultar y mantener al margen del conocimiento de otro porqué, en caso contrario, caería el prestigio adquirido.

> Sostiene Catalán González que la relación entre engaño e intimidad es diacrónica: allí donde se dé un área de conducta que hoy tengo derecho a mantener al margen de la inspección de los otros, desde la correspondencia privada a la cuenta bancaria, desde el número de teléfono particular al seudónimo del concurso literario, desde el diario íntimo al secreto informático, allí se dio antes motivo para el engaño y el secreto. La intimidad así entendida, y con ella el engaño

56. Cifuentes, Santos, *Derechos personalísimos,* Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 177.

> que la antecede, sólo podrían aprehenderse desde una perspectiva genética, atendiendo al precario equilibrio de fuerzas entre aquello que el grupo sabe del individuo y aquello que el individuo está dispuesto a reconocer ante el grupo; también, trasladando el ángulo de inspección, como un pacto entre ambas instancias donde cada una sacrifica algo para recibir algo a cambio, y, por último, como el reconocimiento simultáneo de que alguien no puede renunciar a ciertas actividades que le acarrearían consecuencias desagradables de ser conocidas[57].

Las inclinaciones sexuales, por ejemplo, son datos sensibles que tienen prohibida su difusión. Este sería un derecho al secreto, en cambio, divulgar que la fama de un autor literario se debe a que contrata servicios de otros para sus ediciones, es un hecho inconveniente para esa notoriedad alcanzada; aquí, la revelación de los servicios prestados afectaría el crédito logrado, aun cuando lo fuese mediando un intelecto que no le es propio y se vale de esa ocultación. Aun cuando parezca incómodo decirlo, el hecho no es delictual (aunque pueda ser cuasidelictual), y recobra aquella máxima que ponía en práctica "Anibal" en su lucha contra los romanos: "*Se debe luchar con la astucia cuando no se puede ser igual con las armas*".

En términos similares se plantean otras diferencias sensibles que inciden en la reputación como "estigmas o descréditos", aunque de hecho no lo sean, y el individuo desea conservar en su más sagrada reserva; por ejemplo: los atributos físicos diferentes (v.gr.: enfermedades crónicas como la diabetes); las capacidades diferenciadas (v.gr.: sordera, tartamudez, etc.); las costumbres sociales o sexuales; el comportamiento doméstico, etc. En cada caso, existe una relación entre el encubrimiento y la intimidad.

57. Catalán González, Miguel, *Descrédito, intimidad y encubrimiento*, en "Sobre la intimidad", Fundación Universitaria San Pablo C.E.U., Valencia, 1996, pp. 34 y ss.

> La revelación se produce cuando la confidencia se hace pública; ese acto, además, agrede la fama o reputación. Las figuras de la "discreción" y la "ocultación éticamente justificada" del individuo ante el tanteo para saber más que ejercen los extraños o simples conocidos, son figuras morales que se remontan a fechas muy anteriores a la moderna eclosión de los valores de la vida íntima. Se pueden hallar en los textos de las grandes religiones y en los escritos morales de la antigüedad grecorromana. Nada tiene de extraña –agrega Catalán González– esta inveterada apreciación que constituye el bastidor invariable sobre el que se teje, como dijimos, el cambio social de valores; puesto que las relaciones sociales se asientan en el conocimiento que tengamos del otro, y ese conocimiento ha de ser mayor conforme aumente la mutua relación. El límite de los tanteos realizados para saber más de él, sin que ese tanteo pueda considerarse "indiscreto", no puede establecerse de una vez y para siempre, sino que varía conforme lo hacen las condiciones sociales[58].

En el fondo, la intimidad mejor protegida es la que oculta la información agraviante, a pesar de confrontar con ello la simulación del "yo" y el disimulo de lo inconveniente a la imagen.

> Por mucho que pueda repugnarnos a primera vista –afirma Catalán González– la aspiración al secreto bancario y al derecho del aspirante a un empleo a no revelar al empleador su "biografía moral" sufren de la misma dualidad pragmática: por un lado, aceptan la importancia del descrédito sociogénico; por otro, hacen uso de la capacidad reconocida de reserva para encubrir características de su comportamiento que saben desacreditables[59].

58. Catalán González, ob. cit., p. 55.
59. Catalán González, ob. cit., p. 66.

6. El derecho a la reserva y confidencialidad

Es común afirmar que la reserva y confidencialidad pertenecen y corresponden con los objetivos del derecho a la intimidad.

El derecho a la reserva se tutela preventivamente y se castiga cuando se transgrede. La idea base es que sólo puede transmitirse la información que se consiente por quien es parte en el proceso y corresponde a sus datos personales.

Sin embargo, es preciso afinar los conceptos, porqué el punto de partida no es la intimidad en sí misma, sino otro u otros derechos, que por ahora dejamos planteados sin definirlos.

Un dato es una fuente de información. No se obtiene sino a través de la pesquisa o de la revelación que haga la persona. Cuando es ésta quien lo da a conocer, pone en exposición un pensamiento, una característica de su personalidad, un gusto, una idea, o cualquier manifestación que hace a su identidad. En ese momento el dato deja de pertenecerle porqué lo ha transferido a otros. Esta actitud puede representar una confidencia y la obligación del otro es conservar el secreto revelado como un derecho que aquél tiene a la reserva.

Se observa así, como la intimidad, atraviesa por el secreto absoluto (porque sólo el individuo sabe del dato que transfiere), para llegar al secreto compartido donde se puede hablar, con mayor precisión, del ámbito de la reserva y confidencialidad.

> En definitiva –afirma Herrán Ortiz– si íntimo es lo que cada persona se reserva para sí y a los demás no es lícito invadir, confidencial es aquello que se revela a alguien con la inten-

> ción o ánimo de que no sea revelado a los demás sin el consentimiento del interesado. De igual manera, no puede desconocerse que si bien en un primer acercamiento al derecho a la intimidad éste se puede relacionar estrechamente con el "secreto", debe admitirse que la intimidad no implica exclusivamente la ausencia de información sobre la vida de la persona; representa, por el contrario, una necesidad de "vida interior", o relación intra-personal, de reflexión de los propios sentimientos y pensamientos[60].

Por ello, la intimidad no es tanto una cuestión de ocultamiento o secreto, que corresponda a terceros en atención a las circunstancias que justificaron su revelación, sino de libertad del individuo, de posibilitar la plena disponibilidad sobre su vida y relaciones personales.

Por su parte la confidencia se resguarda en la confianza depositada en otro, quien se vale de su propia conducta para mantener el ocultamiento, y también, porque no, de cierto grado de complicidad con el dato revelado; el secreto pertenece a la intimidad, como la máxima expresión de la vida interior que no se transfiere. A su turno, la información pesquisada no pertenece al secreto (porque éste no se consigue sin la voluntad del individuo) sino a la intimidad, y el deber de quien obtiene información que son expresiones de ese derecho, es conservar la confidencialidad como una obligación derivada.

> Por todo ello –concluye Herrán Ortiz– el deber de secreto constituye una de las manifestaciones del derecho a la intimidad, pero no se confunde con él. En ocasiones, el deber de ocultar se limitará a bienes de la personalidad, a la esfera interior de la persona, pero la más de las veces lo que se debe reservar del conocimiento ajeno serán informaciones no íntimas; sin embargo, también estas informaciones constituyen el deber de secreto. Así lo íntimo es lo más personal

60. Herrán Ortiz, *La violación de la intimidad en la protección de datos personales*, cit., p. 38.

> siendo, por tanto, todo lo íntimo secreto y reservado. Representa, por otro lado, una evidencia que cada persona puede develar, por decisión propia, parte de su intimidad a los demás, naciendo entonces un deber secreto en aquél a quien se ha confiado la intimidad. Por ello, determinados autores han querido ver en el derecho al secreto una especie del derecho a la intimidad[61].

La interesante diferencia entre secreto y confidencialidad, desde esta perspectiva, sirve para tomar distancias respecto de la protección penal, en la medida que estas normas responden a un tiempo distinto, donde la protección se direccionó únicamente a la incolumidad de la correspondencia particular.

7. El derecho al secreto

Esta es una de las cuestiones más difíciles de establecer dentro de los contenidos del artículo 7 LOGP. Se parece a la reserva personal sobre hechos y pasiones que la persona conserva para sí, pero excede la privacidad determinada por uno al ser un aspecto que, pudiendo ser conocido por otros, no se quiere transferir el dato, el pensamiento o la característica, o la cuestión que fuera motivo de expreso ocultamiento.

> Para Santos Cifuentes, por secreto debe entenderse no lo reservado, la vida interior o en soledad, sino aquellas situaciones, pensamientos y datos en general que pertenecen a la persona y que, por su índole o porque así lo quiere aquélla, están destinados a no expandirse ni ser conocido por terceros. Es lo que se mantiene oculto, y si bien muchas veces el ocultamiento es diverso de lo puramente personal, no cabe duda que se refiere a un aspecto del derecho a la intimidad. El secreto es un misterio individual; es algo que cuidadosamente se mantiene alejado de los demás. La similitud con el

61. Herrán Ortiz, *La violación de la intimidad en la protección de datos personales*, cit., p. 69.

estudiado derecho a la reserva y confidencialidad es manifiesta, pero tiene algo más[62].

En primer lugar la relación entre intimidad y secreto no es permanente, aun cuando sea cierto que el fundamento de lo que se quiere preservar reposa, en última instancia, en una decisión individual que afinca en la parte más íntima de una persona.

> No todo lo secreto será íntimo; aquello que es revelado en determinadas circunstancias o a determinadas personas aunque no se identifique con la interioridad del individuo, con su esencia personal, deberá ser ocultado por aquellos a quienes se comunicó, es decir, tienen el deber jurídico, además de moral, de no compartir la información recibida con terceros extraños. Si la explicación la abordamos desde la protección a la correspondencia y papeles privados, la cuestión puede ser más clara.

En efecto, distintas normas de los códigos civil y penal, garantizan la inviolabilidad de las cartas y otros papeles privados que contengan la expresión de un pensamiento aunque no esté destinada a ser comunicada a otro, siempre que estén dentro de la esfera de custodia de la persona. Es decir, la garantía está en el secreto de lo que se dice o escribe, sin importar si las expresiones constituyen revelaciones de intimidades o son hechos intrascendentes.

La idea es que la persona tenga libertad para expresar aquello que a otros comunica sin que nadie pueda interferir en forma directa o solapada. Por eso las intercepciones telefónicas son ilegítimas, como lo es también la apertura indebida de una carta, un pliego cerrado o un despacho telegráfico o de cualquier naturaleza.

En relación con ello la Convención Europea para la protec-

62. Velázquez Bautista, Rafael, *Protección jurídica de datos personales automatizados,* Colex, Madrid, 1993, p. 199.

ción de los derechos humanos resguarda la capacidad legal de mantener cierta información secreta o fuera del alcance de la autoridad estatal y de otras personas.

Ahora bien, ¿cómo se elabora este principio aplicado al proceso?

En primer lugar, dando por cierto que *secreto* es lo que cuidadosamente se tiene reservado y oculto, y por tanto que su alcance jurídico consiste en asumirlo como un hecho que se quiere mantener escondido por considerar que su conocimiento podría dañar a alguien. En ambos casos, el término dominante y coincidente es la ocultación.

En virtud de ello, el derecho a mantener oculto los datos personales obliga a pensar en un destinatario que está impedido de conocerlos, por eso, la definición legal no establece un derecho al secreto personal, es decir, con relación a uno mismo.

En segundo término, el derecho al secreto es una garantía para la confidencialidad de las comunicaciones de cualquier tipo, en cuyo caso, el precepto en comentario queda fuera del mensaje, en razón de que si hubiera que reclamar por el incumplimiento o la violación del derecho, la vía judicial más idónea sería el proceso constitucional.

> Llegado a este punto habría que preguntarse con Velázquez Bautista, acerca de cuál es el contenido del derecho al secreto, y en particular, el "secreto de las comunicaciones". La idea sería que éste ampara tanto la "libertad de comunicación", como el mantenimiento en secreto de las mismas con independencia de cuál es el contenido de los mensajes. Sin embargo, no se considerará violación de secreto cuando se autorice su intervención mediante mandato judicial o medie consentimiento[63].

63. Velázquez Bautista, ob. cit., p. 134.

Capítulo V

El principio de legalidad formal

1. El formalismo en el proceso civil

Los fundamentos del COGEP fomentan la inmediación, la transparencia, la eficacia, la economía procesal, la celeridad, la igualdad ante la ley, la imparcialidad, la simplificación, la uniformidad, con el fin de garantizar, principalmente, los derechos y garantías constitucionales[64].

En este capítulo nos interesa ver el problema de la simplificación, que se vincula y toma razón en el artículo 169 de la Carta Fundamental que determina:

> "El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades".

Para establecer la legalidad formal como un principio del proceso civil, es necesario superar la observación según la cual cualquier solemnidad o ritualismo para expresar ideas o sentimientos conspira con la finalidad del acto.

64. Gozaíni, Osvaldo A., *Principios y elementos del Derecho Procesal Constitucional (Artículo 4 de la Ley Orgánica de Garantías jurisdiccionales y Control Constitucional),* Cevallos editora jurídica, Quito, 2015, pp. 18 y ss.

La polémica no es nueva si tenemos en cuenta que reitera la disputa que viene desde el derecho romano en todas sus etapas[65], entre el formalismo de las actuaciones procesales y la informalidad absoluta.

Inclusive en el derecho germano hasta la recepción del derecho procesal italo-canónico (mediados del siglo XIV), el proceso fue muy formalista y su desarrollo quedaba en manos de las partes con un poder jurisdiccional prácticamente nulo. Características que fueron objeto de severas críticas que generaron las reformas del ordenamiento procesal.

El ritualismo extremo hizo famosas las "ordalías" o juicios de Dios, que consideraban la etapa probatoria como una invocación a superar pruebas de dolor (agua caliente, fuego, hierro candente), en las que el litigio era propiamente un duelo[66].

65. Sostiene Cuenca que, en ningún pueblo de la antigüedad fue tan profundo el culto de la forma como en Roma. De todos los elementos formales, la palabra tuvo un influjo poderoso; los romanos atribuyeron a las palabras el poder de llevar las semillas de un lugar a otro; en las Doce Tablas se incluyeron sanciones contra aquéllos que por arte de magia dañaban las cosechas y Plinio hace extensos comentarios sobre el poder místico de las palabras. La claridad, sencillez y precisión de las formas aseguraron, en el derecho antiguo, el cumplimiento estricto de las leyes […]. En el sistema formulario, el sistema es formalista, pero no sacramental. Esto quiere decir que las partes deben valerse de los modelos previamente redactados por el Pretor, para definir sus controversias, pero ellos no tienen que hacer recitaciones textuales, cuya más leve variación o equivocación, como en la *actio legis,* implicaba la pérdida del litigio […]. Tiempo después, el *ordo iudiciorium* del sistema formulario fue superado con la *extraordinaria cognitio* que termino desalojando en el año 342 el mecanismo anterior, aboliéndolo por considerar que era más propenso al juego de las palabras, a la argucia, al triunfo del más hábil o del más sabio, que a la investigación de la verdad (Cuenca, Humberto, *Proceso Civil Romano,* Ejea, Buenos Aires, 1957, pp. 39, 53 y 121).
66. La sentencia, en estos tiempos, no era más que una declaración del derecho aplicable en la causa, pero no tenía fuerza obligatoria alguna, porque para su cumplimiento era preciso un contrato especialmente dirigido a este fin, en el cual el demandado prometía al demandante satisfacerle o probarle que carecía de razón. Pero, como dice Goldschmidt, esta prueba se dirige a la parte contraria, no al Tribunal, y no es una carga, sino un derecho (Goldschmidt, James, *Derecho Procesal Civil,* Labor, Barcelona, 1936, p. 15).

Entre un extremo y otro, no se puede negar que el procedimiento judicial necesita de reglas, y cuanto más conocidas sean, mayor seguridad y certidumbre tendrá quien las aplique; pero al mismo tiempo, el proceso no convalida el desarrollo solemne y ritual, al punto de convertirse en un simbolismo puro donde aniden ficciones y esoterismos. Por eso hay que encontrar un justo medio para las representaciones y liturgias del proceso.

El principio de legalidad de las formas aporta algunas soluciones, pero en realidad, no hay entre los extremos tanta distancia, porque el informalismo, en la práctica no ha sido nunca aplicado de un modo integral[67]; y a su vez, la legalidad adjetiva, aunque establece pautas solemnes, arbitra algún margen optativo que acuerda a las partes la facultad de regular aspectos parciales del proceso[68].

El informalismo, en los hechos, nunca es tal, porque la sola referencia a las formas ocupa, además del aspecto exterior del acto, el lugar donde se emite y el tiempo en que se lo incorpora. En tal sentido, resulta impropio hablar de libertad de las formas, porque en realidad ellas existen. Lo correcto sería referir a un proceso sin reglas preordenadas, por el cual tanto las partes como el juez tengan suficiente libertad para realizar los actos pertinentes en el lugar, tiempo y modo que ellos consideren adecuados en su formulación externa.

No obstante, fue Calamandrei quien insistió en la necesidad de respetar el principio de legalidad de las formas, al señalar que […]

> Las actividades que conducen al pronunciamiento de la providencia jurisdiccional no pueden ser realizadas en el modo y en el orden que a juicio discrecional de los interesados

67. Calamandrei, Piero, *Instituciones de Derecho Procesal Civil,* Volumen I, trad. Santiago Sentís Melendo. Ejea, Buenos Ares, 1986, p. 379.
68. Palacio, Lino E., *Derecho Procesal Civil,* Tomo I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1979 (2ª ed.), p. 319.

puede parecer más apropiada al caso singular, sino que deben, para poder tener eficacia jurídica, ser realizadas en el modo y con el orden que la ley (esto es, el derecho procesal) ha establecido de una vez para siempre. También las actividades de que se compone el proceso, por ser de aquellas que están realizadas por hombres, están guiadas por el pensamiento; pero los modos con los cuales este pensamiento debe exteriormente manifestarse para ser jurídicamente operativo, las condiciones de lugar y de tiempo de estas manifestaciones, no son libres sino que están dictadas por la ley, la cual regula, además, el orden según el cual deben seguirse estas actividades y precisa, por consiguiente, anticipadamente una especie de paradigma sobre programas del proceso tipo, que permite prever en abstracto cómo debe desarrollarse un proceso para ser jurídicamente regular[69].

2. Fundamentos del principio

Ha señalado Chiovenda que,

Un rápido vistazo a la historia es suficiente para dar la idea de la complejidad de las formas judiciales. El primer acto del Estado en el ejercicio de la función judicial es la intervención en la lucha privada. El fundamento de la pretensión del actor se encuentra siempre en su conciencia individual; pero el Estado comienza imponiendo un determinado camino a seguir en la actuación de la pretensión, y el cometido del juez se limita a constatar la regularidad de la vía seguida. Este tránsito de la defensa privada a la defensa regulada se revela todavía en las formas procesales conocidas de nosotros: la parte preponderante que todavía se concede a la ejecución inmediata y en las formas residuales de la lucha efectiva[70].

69. Calamandrei, *Instituciones…*, Volumen I, cit., p. 321.
70. Chiovenda, Giuseppe, *Ensayos de Derecho Procesal Civil,* Volumen II, trad. Santiago Sentís Melendo, Ejea, 1949, p. 130.

La intervención de un tercero en el conflicto individual, obligó a establecer claramente el alcance de esa autoridad; y al mismo tiempo, el juez que representaba la potestad de resolver el conflicto intersubjetivo, debía guiarse con reglas y principios que sin anular la disposición de las partes, aplicara un procedimiento cierto y seguro.

De este modo, la principal referencia que logró el tercero imparcial fue la delegación de la confianza que antes se depositó en la fuerza del más aguerrido, después en los atributos del buen padre de familia; en la sabiduría de la ancianidad; en el jefe del clan o de la tribu, por mencionar solo la autoridad ejercida en la evolución de las formas para resolver controversias humanas.

Por otro lado, la intervención del juez en el conflicto impuso reglas para la lucha entre partes; estas pautas eran más que una orientación, constituyeron los pilares de un procedimiento que terminó delimitando tres etapas claras: la proposición de los hechos y pretensiones; la confirmación de las afirmaciones y la prueba de la razón de sus respectivas demandas; y la sentencia propiamente dicha.

Cada etapa contuvo características que pudieron o no solemnizar las intervenciones; pero que significaron establecer principios y reglas que, como sucede en cualquier juego, no podían modificarse sin quebrar el estándar o sorprender a alguno de los parciales en el conflicto.

Calamandrei advirtió sobre la permeabilidad de las reglas[71], pero no fueron menos quienes han considerado que ellas

71. En "*El proceso como Juego*" sostuvo el maestro florentino: "En todas las instituciones procesales puede reconocerse, por clara derivación histórica, una significación metafóricamente agonística. El debate judicial es una especia de representación alusiva y simbólica de un *certamen* primitivo, en el cual el juez no era más que un juez de campo: la alternativa sucesión de los actos procesales de los litigantes viene a ser la transformación mímica de lo que en sus orígenes era un hecho de armas; hasta la terminología del proceso está tomada todavía de

no podían alterarse sin poner el riesgo otros principios o garantías como la igualdad procesal, o la misma imparcialidad del juzgador.

Inclusive, la crítica se hizo mucho más severa después del impacto que tiene el Código Procesal italiano de 1940 en las instituciones procesales, porque al dar paso a la figura del "juez director" del proceso, se creyó ver una dimensión exagerada del principio de autoridad para convertir al anterior "árbitro de las reglas", en un auténtico dictador de las formas[72].

la de la esgrima o la palestra. Esta alusión a la lucha es viva en el proceso todavía en el día de hoy, a pesar de que se reconozca comúnmente la naturaleza publicística de las instituciones judiciales: mientras en el proceso civil se mantiene en vigor el principio dispositivo, la lucha entre contrapuestos intereses de parte es considerada y aprovechada por el Estado como el instrumento más apropiado para satisfacer al final el interés público de la justicia. Al choque de las espadas se ha sustituido, con la civilización, la polémica de los argumentos; pero hay todavía en este contraste, el ensañamiento de un asalto. La razón se dará a quien mejor sepa razonar: si al final el juez otorga el triunfo a quien mejor consiga persuadirlo con su argumentación, se puede decir que el proceso, de brutal choque de ímpetus guerreros, ha pasado a ser juego sutil de razonamientos ingeniosos […]. Por eso, a pesar de los formularios fijos del procedimiento, no hay un proceso que sea igual a otro, como no hay en juego de ajedrez una partida igual a otra […]. Todo esto no destruye la exactitud de la teoría de la relación procesal, en lo que atañe al núcleo central de ella, que es el deber del juez de proveer, y el correspondiente derecho de las partes, de conseguir que él provea; pero es cierto que el contenido concreto de esta obligación del juez se plasma dialécticamente en correspondencia con las situaciones jurídicas creadas por la actividad concurrente: según la variable puntuación, podríamos decir, de su juego" (Calamandrei, Piero, *Estudios sobre el proceso civil,* trad. Santiago Sentís Melendo, Ejea, Buenos Aires, 986, pp. 263, 266 y 267.

72. Dice Alvarado Velloso: "…el juez dejó de juzgar el litigio y comenzó a dirigir el procedimiento como *capitán de barco o director del debate*, en su calidad de representante profesional del bien común. En rigor de verdad, no se trataba entonces de erigir al juez en el director del proceso con los poderes necesarios al efecto, sino de autorizarlos desde la propia ley para que hicieran todo aquello que considerasen menester en la oportunidad que así lo decidieran. De tal forma, por una simple ley que cambió autoritariamente el mundo conocido –a voluntad de un solitario legislador– el proceso pasó a ser un *método pacífico de debate entre particulares* a un *instituto de derecho público* en el cual estaba involucrado algo más importante que el interés de las partes: *los más altos valores sociales* aun con desmedro de la libertad individual en aras del beneficio del Estado (Alvarado Velloso, Adolfo, *El Debido Procesal de la Garantía Constitucional,* Zeus, Rosario, 2003, capítulo III, y en "Sistemas Procesales", capítulo I del libro colectivo "Debido Proceso", Ediar, Buenos Aires, 2006, pp. 28 y ss.).

El problema, entonces, parece radicar no tanto en la necesidad de generar reglas y principios para el procedimiento, sino de ver cuánto el establecimiento de formas y solemnidades pueden constituirse en parámetros de esa entidad, esto es, como reglas variables, o principios permanentes.

Sobre esta base es posible constatar que el origen de las mismas pueden llegar de la *jurisprudencia* creadora; de la *ley* (v.gr.: disposiciones formales del Código Procesal), o de la misma *Constitución* (v.gr.: sentencia fundada en ley).

En consecuencia, las formas pueden exceder el marco de la técnica aplicada y proyectarse hacia continencias más complejas como las garantías fundamentales. Por eso, cuando se disciplina la manifestación de los actos del procedimiento, se torna evidente el llamado a la certidumbre que radica en el principio de la seguridad jurídica; y desde allí, rápidamente se llega al derecho de defensa en juicio.

Pero es evidente que un ordenamiento procesal rígido en esta disciplina, cae en el formalismo donde se confunde lo formal con lo ritual, para elucubrar una especie de geometría exacta que acomode la presentación del acto a las previsiones legales que la rigen.

Si recordamos que el proceso no tiene un fin en sí mismo, podemos colegir que tampoco es pura forma. No cabe equiparar la razón que el derecho reporta a las exigencias formales, a la razón que asiste a lo visible de un aspecto exterior. Es decir, el acto formal no puede ser aquél que externamente es apropiado[73].

73. Se comprende, por consiguiente -dice Satta-, que cuando se habla de formalismo no se quiere menoscabar en modo alguno la forma del derecho; una vez más, el formalismo no se puede entender como una inconcebible y absurda crítica a las

3. Modalidades

Existen tres modalidades para resolver la creación de normas formales para el procedimiento. La primera es de origen legal: el principio de *legalidad de las formas,* por el cual es el legislador quien dispone los ritos y solemnidades que deben cumplirse en las actuaciones procesales.

El límite de las formas lo impone el derecho establecido, que como toda norma jurídica, debe interpretarse no por su letra, sino por la inteligencia que surja de la lectura de las cláusulas, armonizándola con los demás preceptos del orden legal, sin desnaturalizar su esencia, ni transformándola incompatible con las mismas situaciones que vino a tutelar.

La segunda variable es el llamado *principio de libertad de las formas*, que constituye una suerte de reacción violenta contra los inconvenientes que trajo el ritualismo en el proceso, y coincide su aparición con épocas de grandes revoluciones[74].

formas jurídicas. No habría necesidad de decirlo, pero los equívocos son siempre posibles: el formalismo no debe confundirse con la legalidad y el principio de legalidad que está absolutamente fuera de cuestión, y mucho menos la crítica del formalismo se puede desarrollar bajo el signo de la vaga aspiración a una justicia sustancial, en rebelión abierta o lavada a la voluntad de la ley. Estas cosas pueden tener valor de *iure condendo*, esto es, no tienen para el jurista ningún valor actual (Satta, Salvatore, *Soliloquios y Coloquios de un jurista,* trad. Santiago Sentís Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1971, p. 52).

74. Informa Clemente Díaz, tomando datos de Bonnier (*Eléments de procédure civile,* París, 1853, p. 7), que durante la Revolución Francesa, la Constitución de 1793 (art. 94) estableció que los árbitros públicos juzgarían en proceso oral sin forma de procedimiento, y la ley 3 Brumario del año II, no solamente suprimió la orden de los abogados, sino que estableció que los tribunales existentes juzgarían en proceso verbal sin formas procesales; la reacción sobrevino por una ley 18 Fructidor del año VIII, que restableció la Ordenanza de 1667 y reglamentaciones posteriores (Díaz Clemente A., *Instituciones de Derecho Procesal Civil,* Tomo I [Parte General], Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1968, p. 223 nota 30).

En esta línea no se crean principios sino reglas acordadas por las partes con libertad; también pueden adoptarse los procedimientos de órganos preestablecidos.

Carnelutti, conviene recordar, era partidario de esta corriente y sostenía que el acuerdo de partes era el mejor, porque permitía arreglar un proceso con una *estructura elástica* […]

> Sin duda uno de los más severos defectos del sistema vigente está precisamente en su excesiva rigidez. Si se suprimen las diferencias entre el rito formal y el rito sumario, que hoy no tienen ya razón de ser, toda vez que el primero es un instrumento enteramente desusado, nuestro código no conoce más que dos tipos de proceso: el proceso ante el juez colegial y el proceso ante el juez singular; dejo de lado, naturalmente, por su especialidad, el proceso de casación. Con estas dos formas se piensa que se puede proveer a la infinita variedad de las litis. En el mismo tipo de instrucción ante el tribunal se introduce cualquier tipo de litis; la que excede en una lira de la competencia del pretor y la que significa cientos de millones; la que presenta cuestiones preliminares y la que va derecho a la decisión del mérito; aquella en que la prueba es toda ella preconstituida y aquella en la que se la debe constituir ante la presencia del juez; y así sucesivamente. No hablo de los modos y de los plazos para la notificación de la demanda, que están rigurosamente establecidos por la ley con escasos poderes al juez en materia de abreviación de plazos y de citación por proclamas públicas…[…] Se comprueba que las articulaciones de este sistema elástico están constituidas por el *acuerdo de las partes* y por la *orden del juez.*
>
> Sobre la importancia del primero como índice de adecuación del régimen procesal a la litis, creo superfluo insistir. Donde la voluntad de las partes coincide, por haber sido inducida a ello por intereses en contraste, está el mejor medio para tutelar, no ya los derechos de cada una de ellas, sino también los de la justicia. Sin duda, la condición de este resultado es el equilibrio de las fuerzas […][75].

75. Carnelutti, Francesco, *Estudios de Derecho Procesal,* Ejea, Buenos Aires, 1952, pp. 130/131.

Empero, la corriente solamente tuvo adopciones ocasionales y muy puntuales. Más fueron quienes suscribieron la necesidad de ser razonables en la aplicación del formalismo. Chiovenda[76], Montesquieu, en el *Espíritu de las leyes*[77], por citar dos encumbrados juristas de cada siglo anteriores, justificaron la forma por ser la condición necesaria para la certeza, el precio de la seguridad; pero al mismo tiempo, reclamaron por encontrar un límite y equilibrio entre la libertad y la legalidad, para no caer en los extremos del ritualismo, ni en los peligros de la anarquía adjetiva.

Consecuencia de ello fue el tercer sistema denominado de la *regulación o adecuación judicial de las formas*[78] por el cual el juzgador ordena el material solemne a recabar, dirigiendo el proceso en su total desarrollo.

Ahora bien, este mecanismo provoca alguna inseguridad jurídica, lo cual trastroca la finalidad prevista en el principio de regulación de las formas que, justamente, procura afianzar la seguridad y el orden del procedimiento. Para regular su aplicación práctica, suele utilizarse una pauta jurisprudencial que ha generado el llamado *principio de instrumentalidad* o *elasticidad de las formas*, que sostenido en las reglas para sancionar las nulidades del proceso, establece una escala axiológica al vicio derivado de la actuación que no respeta una pauta formal determinada[79].

76. Es muy conocido su ensayo *Las formas en la defensa judicial del derecho* (ver nota 6) donde advierte la evolución del formalismo en tres fenómenos: las *formas residuales,* que son aquellas nacidas de las necesidades, de la índole, de las leyes de una época, que sobreviven pese a las transformaciones; las *reacciones,* que surgen contra la injusticia producida por el formalismo; hasta llegar al *regeneramiento* que describe como una gran aversión hacia el rigor de las formas procesales, que terminaron ocultando las ventajas fundamentales que tenía (pp. 135 y ss.).
77. Montesquieu, Carlos de Secondat, Barón de, *Del espíritu de las leyes,* Alianza, Barcelona, 1996, p. 112.
78. Cfr. Berizonce, Roberto O., *La nulidad en el proceso,* Platense, La Plata, 1967, p. 48.
79. Clemente Díaz sostuvo que éste era un sistema poco convincente. "Dejar las formas al arbitrio de las partes es un mal; dejar las formas al arbitrio judicial es un mal peor, no porque el juez podría tentarse, sino porque la inercia judicial haría que se establecieran formas tipos, de carácter invariable; con ello, el juez habría desalojado al legislador. El peligro reside en la *falta de certeza de las formas,* ya que potencialmente existiría la posibilidad de formas distintas para el tratamiento de un mismo caso (ob. cit., p. 224 nota 37).

En líneas generales ha terminado consagrándose, por mayoría de preceptos reglamentados, el *principio de legalidad de las formas,* estableciendo numerosas disposiciones para el desarrollo de las actuaciones procesales en particular (lugar, tiempo y forma de los actos), y para la fisonomía o diseño del procedimiento (conocimiento amplio en el juicio ordinario; trámites irrenunciables en el juicio ejecutivo; formación del título ejecutivo; valoración de la prueba; etc.).

Asimismo, también los códigos procesales permiten, en ciertas situaciones, que sean las partes las que dispongan sobre las formas. Así, cuando se prorroga convencionalmente la competencia judicial; o al acordar la suspensión de los plazos judiciales; e inclusive cuando se autoriza la práctica de actuaciones probatorias fuera del juzgado.

4. Alcance

Las formas en materia procesal tienen dos alcances, uno se refiera al *cómo deben ser* los actos del procedimiento (lugar, tiempo y forma), que obliga a individualizar las actuaciones precisando sus reglas; y otro se vincula con el *modo de formalizar el procedimiento*, es decir, acordar una fisonomía que se relaciona con otras reglas o principios, como la oralidad, la escritura, el conocimiento amplio o restringido del juez, el aporte de los hechos a la causa, la producción probatoria, su carga y valoración, el alcance de la cosa juzgada, la limitación de los recursos, etc.

Al prevalecer en el sistema jurídico argentino el principio de legalidad formal, la regularidad y eficacia de los actos procesales depende que se cumplan las condiciones dichas para su presentación; condición ausente en el COGEP que antepone la eficacia al cumplimiento de solemnidades

Cuando no se prevé especialmente la indicación suelen existir remisiones a normas generales y un estándar que pondera la *seguridad* de haberse cumplido el acto pese a sus defectos; la *finalidad* que analiza si el error pudo provocar la inexistencia o ineficacia de la actuación; la *conservación* o *protección* de la actuación informal pero con defectos intrascendentes; y el parámetro general que persigue evitar que se lesione el principio de defensa en juicio.

La exagerada dimensión de lo solemne ha llegado a la formación de la doctrina del *exceso ritual manifiesto*, que se convierte en causal de arbitrariedad, cuando se desnaturaliza el debido proceso con la exigencia desmedida de las formas y de las regulaciones procesales. No se puede convalidar el excesivo rigor formal, o la injustificación de la prevalencia de las formas sobre la verdad; o amparar el predominio exagerado de las solemnidades; etc.

En este sendero se inscribe la política procesal donde anida el principio de legalidad de las formas. Su finalidad primordial es custodiar que las formas del proceso aseguren un trámite previsible, pero que no sean las solemnidades un obstáculo para la consagración de la justicia.

Con relación a las *formas del procedimiento*, existe una clara tendencia a simplificar las formas procesales, y a unificar las actuaciones en pocos actos, generalmente reunidos en una o dos audiencias, donde el juez tiene el poder de fijar los hechos controvertidos y disponer la ordenación procesal correspondiente[80].

80. Hace ya algunos años, en lo que ha sido un trabajo cumbre para la ciencia procesal, Isidoro Eisner decía: "Una obvia exigencia de buen sentido y economía aconseja al legislador no sólo crear diversos tipos de procesos que se acomoden a las modalidades de las cuestiones litigiosas que deben someterse a la composición judicial, sino también acordar facultades a los magistrados para excogitar y aun arbitrar el procedimiento que mejor se amolde a las distintas controversias, evitándose así que por el simple acatamiento a reverentes mandatos de la ley se deban utilizar estructuras y mecanismos absolutamente inadecuados, onerosos o superfluos con relación al fin que en cada caso se persigue. Si bien somos partidarios del sistema de la legalidad de las formas, lo que en materia procesal importa una garantía de certeza y de respeto por los derechos del individuo al ser discutidos en instancia judicial, ello no significa que no hayamos comprendido los rasgos de todo exceso y, por tanto, los de la rigidez y del formalismo inerte y exagerado. Sin llegar al reclamo de la libertad de las formas que lleva implícito el peligro del desorden, de la anarquía y aun del abuso de la autonomía de la voluntad en perjuicio de la parte más débil, consideramos que a su vez cabe admitir la solución que nos ofrece el llamado principio de «elasticidad» del que se mostrara partidario Carnelutti…" (*Economía Procesal,* La Ley, 146-879; reunido también en "Problemática actual del Derecho Procesal" [Libro homenaje a Amílcar Mercader], Platense, 1971, pp. 380/01, y en Planteos Procesales", La Ley, Buenos Aires, 1984, pp. 115 y ss.).

De algún modo, es una vuelta al *principio de elasticidad* que reclamó Carnelutti, que con variaciones respecto al modelo de origen, permite que las adaptaciones se regulen en tres órdenes distintos. O por *voluntad de las partes* mediante acuerdos procesales no prohibidos, que lleva al camino del proceso convencional; por la *autoridad del juez en el proceso* que lo resuelve como providencia instructoria[81]; o por el *acto legislativo* singular que regula una situación jurídica determinada[82].

El alcance del principio de legalidad, su eventual flexibilización, y las variaciones que se obtengan, ya sea para las actuaciones en particular, o para el tipo de procedimiento que se

81. El procedimiento ordinario bien puede resolverse en dos audiencias: a) En la primera audiencia llamada preliminar, la o el juzgador tendrá la oportunidad de sanear el proceso, admitir la prueba anunciada y presentada, resolver los puntos de debate, resolver sobre la participación de terceros, sobre el litisconsorcio, convalidar o subsanar aspectos formales, entre otros. Lo cual brinda a los órganos de justicia y a las partes procesales la invaluable oportunidad de interactuar, de revisar el proceso en forma íntegra de tal forma que no adolezca de vicios o pueda ser depurado. b) En la "audiencia de juicio" en la cual se alegará al inicio y al final, se introducirá y confrontará la prueba, y se emitirá la resolución.

82. Cfr. Díaz, ob. cit., Tomo I, pp. 230/1.

desarrolle, necesitan descubrir sus posibilidades reales en el marco del debido proceso adjetivo; pues no siempre los actos procesales afectados por un incumplimiento formal serán convalidados por la inactividad del afectado; como tampoco es factible afirmar que las formas procesales son disponibles para el juez al punto de variar a su antojo el trámite de una etapa procesal prevista reglamentariamente; e inclusive, la propia doctrina del exceso ritual debe esclarecer si relaciona únicamente a las formas con la actuación solemne, o se extiende también a las manifestaciones incongruentes del trámite.

Cada uno, en consecuencia, necesita resolver la disponibilidad de las formas en el proceso.

5. Renuncia al formalismo por acuerdo entre partes

Para responder este planteo nuevamente se verifica que, si el proceso es cosa entre partes, donde el debate entre intereses contrapuestos es de carácter privado ¿pueden las partes convenir las formas del procedimiento?. O, en su caso, si la controversia entre particulares se desenvuelve en el marco de un proceso público donde el Estado participa con la dirección material del juez ¿las reglas procesales se orden anticipadamente por la ley? O también ¿puede el juez cambiar la ordenación prevista desde las normas adaptando el procedimiento con sus propias reglas?

En esta parte procuraremos responder solo la primera cuestión; de inmediato, en el siguiente parágrafo, lo haremos con los temas restantes.

Brevemente, conviene recordar la naturaleza jurídica que tiene el proceso. La tesis privatista, que lo consideró orbitando en el derecho privado, hoy día tiene poco sustento; basta con advertir el poder jurisdiccional que tiene el Estado para observar que el predominio de las partes únicamente se mantiene con las formas del *contrato*, o del *cuasi contrato*, para el arbitraje u otras formas alternativas de resolución de conflictos con trámites informales generalmente consensuados.

En cambio la naturaleza pública del proceso se consolida con la autonomía científica del derecho procesal y queda consagrada con la teoría de la relación jurídica.

Ahora bien, la independencia lograda sirvió para orquestar el famoso tríptico esencial (jurisdicción, acción y proceso), donde a cada vértice del triángulo formado por las tres puntas de la mencionada relación jurídica procesal, le corresponde una actuación particular dentro de la unidad teleológica que inspira el derecho procesal.

Queremos decir, entonces, que aun cuando la teoría de la relación procesal sea útil y efectiva para destacar criteriosamente los vínculos que traban los participantes del litigio, ellos no necesitan reflejarse en figuras similares de otras disciplinas, precisamente porque el fenómeno procesal es único, y concita derechos, deberes, y obligaciones; en suma, relaciones y situaciones propias, que son distintas de toda otra vinculación entre hombres.

Además, el proceso soporta un compromiso institucional, de raigambre constitucional. Es anterior al conflicto y allí está su verdadera esencia fundamental. Por eso decimos que es una garantía. De alguna manera tiene carácter abstracto, emparentado en gran medida con el derecho a la jurisdicción.

Lo concreto y de contenido público será la secuencia de actos que confirman la existencia de una teoría de los actos procesales, los que, a su vez, organizan un sistema de principios y presupuestos que hacen a la estructura del procedimiento.

> Bien lo expone Rosenberg al indicar que […] "todo proceso es una relación jurídica, esto es, una relación entre los sujetos procesales regulada jurídicamente… El significado de la relación jurídica procesal se basa en que hace posible una concepción unitaria del proceso, consistente en múltiples actos particulares y situaciones jurídicas […]. El proceso no sólo es una sucesión de actos de las partes y del tribunal, sino una unidad jurídica que comprenden las relaciones jurídicas producidas a través de la conducción procesal"[83].

Desde esta perspectiva, a las partes no le es posible modificar ni alterar las reglas del juego (Calamandrei), o el método de debate (Guasp), o los principios de la litis (Carnelutti) para dar como sinónimos a cualquiera de las lecturas que del fenómeno se hace.

Es que la actividad del juez y de las partes integra la noción de proceso, convirtiéndolos en elementos de necesaria presencia para constituir la relación jurídica que entabla un juicio cualquiera. Hay dos componentes básicos, uno *objetivo* que se halla en la pretensión o la petición según se trate de proceso contradictorio o voluntario, respectivamente; y otro *subjetivo*, representado por las personas que inician, impulsan, extinguen o deciden el proceso.

El tercer elemento es la *actividad*, esto es, la sucesión de actos que orquestan el procedimiento que constituyen, en definitiva, la historia del conflicto y su resultado[84].

De esta manera, en el proceso ocurren los tres cimientos de la ciencia procesal: la *teoría de la acción*, porque desde su medio atendemos la actividad de las partes; la *teoría de la jurisdicción*, ya que por ella estudiamos la actividad del órgano jurisdiccional. La interacción de ambos nutre al proceso, entendido al respecto como un método de debate regido por presupuestos, principios y reglas previamente establecidas que culminan en el juicio jurisdiccional.

83. Rosenberg, Leo, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, trad. Angela Romero Vera, Tomo I, Ejea, Buenos Aires, 1955, pp. 8/9. Cfr. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Derecho Procesal Civil,* tomo I (Volumen 1), Ediar, Buenos Aires, 1992, p. 257.
84. Cfr. Palacio, Lino E., *Derecho Procesal Civil,* Tomo I, cit., p. 228.

De este modo, el enjuiciamiento –noción que nos llega del derecho romano y directamente de la ley española antecedente de nuestras leyes procesales– encamina el sistema que instrumenta la ciencia del derecho procesal, demostrando que su método disciplina con autonomía una rama del derecho que no necesita del derecho civil (derecho privado) para encontrar características o impulsar desde allí condiciones y presupuestos que no son propios de la ciencia[85].

Con este emplazamiento, es posible asegurar desde la certidumbre que ofrece el principio de legalidad, que las formas procesales no son disponibles para las partes, salvo contadas excepciones que el régimen dispone, sin afectar en caso alguno, el derecho de defensa en juicio.

85. La conducción del juez se rebate con opiniones como la de Cipriani, quien afirma: "El proceso debe estructurarse de modo tal que permita a cada parte pedir en cualquier momento al juez, en el respeto del derecho de defensa de la otra, juzgar. Hay que, antes que nada, reducir el actual inverosímil plazo para comparecer, de tal forma que se consienta a las partes llegar en tiempos razonables ante el juez. Debe suprimirse la división del proceso en fases, asegurando que el proceso, en línea de principio, esté pendiente de inmediato y siempre en fase de decisión. Luego, el proceso, una vez recompactado, debe ser más elástico, y como tal capaz de adecuarse automáticamente a las exigencias de todas las causas. En distintas y más claras palabras, el proceso no debe ser un gran autobús capaz de transportar también a dos personas, sino un Fiat 500, o si se prefiere un Smart susceptible, según las necesidades, de alargarse y de hospedar también a 100 personas […] (Cipriani, Franco, *Batallas por la justicia civil,* Cuzco, 2003, p. 177).

6. Libertad judicial para establecer formalidades

Así como las partes tienen restringido el principio de libertad para consensuar formas de las actuaciones o del procedimiento; no sucede lo mismo con los poderes del juez, quien encuentra más flexibilidad para disponer variaciones en las reglas u ordenar el procedimiento.

El Código Procesal admite en varias disposiciones que el poder de conducción sea actuado con libertad (art. 3 –dirección del proceso, COGEP); en este sentido, los deberes para dirigir el procedimiento y adecuarlo a ciertos principios (v.gr.: economía procesal) deben analizarse para confrontar su validez o eventual nulidad, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 80 (parte pertinente) […]

> Dentro de sus facultades de dirección podrá indicar a las partes los asuntos a debatir, moderar la discusión, impedir que sus alegaciones se desvíen hacia aspectos no pertinentes y ordenar la práctica de pruebas cuando sea procedente. Asimismo, podrá limitar el tiempo del uso de la palabra de las personas que intervengan, interrumpiendo a quien haga uso manifiestamente abusivo o ilegal de su tiempo. Ejercerá las facultades disciplinarias destinadas a mantener el orden y garantizar su eficaz realización.

Para cumplir estos deberes será menester "*mantener la igualdad de las partes en el proceso*". Los deberes impuestos llevan la impronta de la eficacia de las actuaciones procesales en dos dimensiones fundamentales: *concentración* de la actividad, que significa la reunión de la mayor cantidad de actos a realizar en el menor número de actuaciones. Por eso, la adscripción a la oralidad o a la escritura del procedimiento, revelan las posibilidades reales de cumplimiento; pero la interpretación cabal de la idea está en resumir la actividad a las etapas necesarias, útiles y

conducentes, eliminando las que fuesen superfluas o inoficiosas[86].

86. Sostiene Montero Aroca, que estas eran las notas de la oralidad según Chiovenda y su obra general última. En la misma, después de explicar el principio de la oralidad y las objeciones al mismo, entra a analizar "la oralidad y los poderes del juez", estimando que la oralidad y la concentración procesal son principios íntimamente unidos al problema de los poderes del juez. En la actualidad, dice Chiovenda, por un lado la renovada importancia que ha adquirido el libre convencimiento del juez y, por otro, el concepto renovado de la jurisdicción como función del Estado, han devuelto al juez una posición central de órgano público interesado en administrar justicia del modo mejor y más rápido posible. Se trata de asegurar al juez una posición que le haga partícipe activo en la relación procesal y proveerle de la autoridad necesaria para ejercer su función. El juez ha de estar en condiciones de dirigir el proceso y conducirlo hasta su resolución con la mayor celeridad posible compatible con una decisión acertada. Además es conveniente hacerle colaborar en la formación del material de conocimiento, poniéndole en contacto inmediato con las partes desde el momento de la constitución del juicio, de forma que le sea fácil preparar la sustanciación completa de la causa aclarando las dudas, provocando de las partes las indicaciones más importantes de hecho, señalándolas de la manera más simple las lagunas que haya en su defensa y en sus pruebas. El ejercicio de esta facultades sólo es posible en el proceso oral.
A pesar de todo, no está demasiado clara cuál fue la opinión de Chiovenda sobre la relación entre el principio de oralidad y el aumento de los poderes del juez, puesto que cabe recordar como en otro lugar, y en 1924, había sostenido que "la oralidad por si misma no requiere un aumento considerable de la injerencia directiva del juez y no debe identificarse con ésta. Pueden existir procesos orales (como el actual proceso germánico que, desde este punto de vista, representa un tipo de proceso oral opuesto al austríaco) en los que la injerencia del magistrado es mínima. Y se trata de problemas que cuidadosamente han de considerarse distintos, porque el aumento de los poderes del juez puede encontrar por razones de raza y de costumbres dificultades y resistencias mucho más serias y discutibles de aquellas que pueden oponerse a la introducción de la oralidad". Sobre esos poderes la lectura de las que podemos llamar páginas últimas ilustra de que Chiovenda se había mantenido dentro del que debe considerarse respeto a la autonomía de la voluntad y a la garantía de los derechos subjetivos de las partes. Una cosa son los poderes del juez para la formación del material de conocimiento, que quedan limitados por el principio dispositivo, en cuanto éste predomina sobre la iniciativa del juez en la fijación de la verdad de los hechos (pág. 63) y otra los poderes del juez respecto de los presupuestos procesales, que sí deben ser controlados de oficio (pág. 69), y todo ello aparte del principio de impulso de oficio (pág. 71) (Montero Aroca, Juan, *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española y la oralidad,* texto base de la conferencia pronunciada en las XVII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, celebradas en San José, Costa Rica, los días 18 a 20 de octubre de 2000).

Por otro carril transita el principio de *inmaculación* del proceso, como lo definió Ayarragaray[87], que persigue la depuración oficiosa de actuaciones eventualmente nulas o anulables; y el comportamiento leal, probo y honesto de las partes.

Ambas cuestiones anidan en el terreno del principio de legalidad de las actuaciones (o desarrollo de actos procesales), de manera que la simple reunión de actividades, o el control sobre la conducta de las partes (ésta última propia de la calificación que corresponde al principio de moralidad o de buena fe en el proceso) no afectan la libertad de obrar que tiene el juez como director del proceso, salvo que con sus decisiones afecte el principio de igualdad.

7. Exceso ritual manifiesto

Como cierre de estas meditaciones se comprueba que el principio de legalidad no pretende encumbrar las formas sobre la verdad a esclarecer. Se deduce así que tanto la adaptación que se ordene para las actuaciones procesales, como la modificación de los procedimientos tienen parámetros flexibles que solamente serán inválidos cuando afectan el derecho de defensa de las partes, o no se respeta el principio de igualdad.

La doctrina del exceso ritual ha desarrollado una casuística que analiza cada situación. En general, la jurisprudencia se explana en dos niveles: cuando existiendo requisitos formales a cumplir para la celebración de un acto procesal determinado, el mismo se concreta en forma tardía o deficiente, pero siendo trascendente el tema, se da por superado el error para poder inquirir en la "verdad jurídica objetiva"; y cuando se alteran las reglas del procedimiento reglado por considerar que su mantenimiento

87. Ayarragaray, Carlos A., *El principio de inmaculación del proceso,* Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1959.

constituye un ritualismo estéril cuyo apartamiento se puede justificar.

Hay numerosos ejemplos de confrontación entre legalismo formal y eficacia del sistema. Por ejemplo, el requisito sobre el lugar donde se deben cumplir los actos procesales tiene connotaciones muy importantes. A veces por la convalidación que se accede al escrito que justifica el error en la presentación; pero no es constante la prédica cuando el defecto proviene de inadvertencia o negligencia del profesional o la parte.

A veces el tiempo de los actos suscita una controversia natural que permite interpretaciones asimétricas. Algunos dan por nulo el escrito presentado fuera de término, y otros los aceptan por la naturaleza intrínseca de la manifestación expuesta. En estos casos, muchas veces se expresa que son razones de justicia y equidad hacen que no deba incurrirse en un exceso ritual manifiesto, con directa violación del derecho de defensa, frustrando una justa expectativa del litigante, en desmedro de la verdad objetiva, frente a la exigüidad de la demora de presentación del recurso –cinco minutos–, haciendo excepción, dadas las particularidades del caso –una indisposición de salud del presentante– a los principios de perentoriedad de los plazos procesales y de extemporaneidad.

La figura del exceso de rigor ritual exige analizar caso por caso, desde que no es posible establecer un límite preciso entre el exceso ritual y el respeto por las formas procesales, entre el rito (concepto razonable) y el ritualismo (concepto irrazonable), entre el uso y el abuso de las formas, por lo que es misión del juzgador intentar compatibilizar todos los intereses en juego.

Capítulo VI

La buena fe en el proceso

1. Presentación del Código Orgánico General de Procesos (COGEP)

En los fundamentos de presentación del COGEP se lee […]

> Las regulaciones normativas apuntan a identificar, impregnar y consolidar valores institucionales propios, diferentes de aquellas que lamentablemente han contribuido a desacreditar a la administración de justicia. En esta línea, la publicidad y la transparencia en las actuaciones judiciales, junto a la rendición de cuentas, serán las credenciales del nuevo sistema de administración de justicia.
> Contrarresta por tanto la litigiosidad superflua, temeraria o basada en la deslealtad procesal y promoviendo en contrario sensu la vigencia de la observancia de la buena fe, el trato justo y la progresiva solución alternativa de conflictos, como mecanismos válidos para sustentar un clima favorable para el desarrollo de acuerdos, obligaciones, negocios e inversiones que permitan dinamizar y diversificar la economía de nuestro país.

La introducción al proceso de un principio antes que de una regla se hace presente para definir el norte que asumen los procedimientos. La buena fe se impone y orienta a profesional.

El principio de la buena fe aplicado al desarrollo del proceso civil ha tenido a lo largo de la historia una lectura distinta,

casi novedosa, porque aun cuando el derecho romano fustigó las conductas atípicas, la interpretación de la *bona fides* como principio autónomo del proceso es relativamente reciente.

Es más, hasta podría afirmarse que recién se instala la discusión sobre la necesidad de obrar con lealtad y probidad, cuando se advierten los desatinos de la conducta de las partes, y las exageradas posibilidades de exceso que les facilitaba el principio dispositivo, interpretado sin otro límite que el "interés de los litigantes".

Con ello queremos reflejar una primera conclusión:

> La buena fe es exigible en el ejercicio de cualquier acción y de cualquier derecho. Este principio fundamenta cualquier ordenamiento jurídico, tanto público como privado, al enraizarlo con las más sólidas tradiciones éticas y sociales de la cultura.

Por eso, ni el individuo que acude al proceso para solucionar su conflicto ni el abogado que dirige esa realización, se pueden mostrar desinteresados de esas notas que vienen a ser constitutivas de una regla de convivencia; y es así que la buena fe procesal destaca el íntimo parentesco que existe entre la moral y el derecho[88].

Ahora bien, la cuestión sobre el alcance que tiene este deber de comportarse a tono con un principio general del derecho, necesita de adecuaciones al medio donde se desarrolla y exige. Porque si el proceso civil se colige como un problema entre partes donde un tercero actúa solamente para decir el derecho que a cada uno le corresponde, y en el que tras el devenir del conflicto resulta un ganador y un derrotado; con este emplazamiento, el principio de buena fe sería nada más que una regla del juego.

88. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Temeridad y malicia en el proceso*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2002.

En cambio, si el proceso se mide por su eficacia y trascendencia, no habrá que analizar únicamente la victoria de uno o el sinsabor de otro, porque la sociedad toda estará interesada en ese resultado, y la buena fe entre partes será un principio ético a cumplir.

Pero cuidado, porque deducir de ello que el principio de moralidad (por ahora, como sinónimo de la buena fe en el proceso) alcance al ejercicio de derecho de defensa puede ocasionar disfunciones; en cuyo caso es mejor interpretar que la regla pervive para evitar situaciones de abuso (*con* el proceso o *en* el proceso).

No hay que perder de vista en ambas situaciones, que el proceso es antes que un método de debate, una *garantía fundamental* del hombre que, encolumna tras las condiciones del debido proceso, un conjunto de reglas y principios que acondicionan la seguridad del derecho.

Tal como dice Ramos Méndez […]

> Es el mecanismo de tutela que se ofrece al ciudadano, a cambio de su renuncia a la autodefensa. La forma de tutela civilizada pasa por el sistema procesal, que en la mayor parte de los casos aparece como de uso obligatorio. Desde este punto de vista, hay que ser sumamente cautos en poner trabas al uso libre del sistema, sin cortapisas que lo hagan impracticable[89].

89. Ramos Méndez, Francisco, ¿*Abuso de derecho en el proceso*?, en "Abuso dos direitos processuais", obra coordinada por José Carlos Barbosa Moreira, Forense, Río de Janeiro, 2000, pp. 67 y ss.

2. Planteos que trae el principio

Está claro así, que establecer en los procedimientos un sistema punitivo es un contrasentido con el mismo mecanismo de funcionamiento del proceso. Obsérvese, por ejemplo, cómo se presentan los hechos (donde muchas veces la verdad queda sorteada por la alegación de versiones), se ofrece y desarrolla la prueba (confirmando versiones o demostrando verdades alegadas, pero reacia a buscar la certeza absoluta), y se concreta la sentencia (donde el juez está obligado a respetar el principio de congruencia y resolver *secundum allegata et probata*).

En pocas palabras, ¿cómo se puede exigir a las partes una conducta monacal, cuando la técnica procesal es un juego de ficciones?

Por eso, postulamos la necesidad de esclarecer y delimitar el principio general de la buena fe como fundamento del ordenamiento jurídico, de los distintos modos en que aparece en el curso del proceso; pues no se trata de buscar su consagración en una norma jurídica positiva, sino de encontrar un rigor conceptual que dibuje los rasgos definitorios, que entrelace los parentescos que se definan y que, en suma, evite el desprolijo entender la buena fe, el abuso del derecho o el fraude a la ley, como figuras de una misma entidad.

De otro modo, existen riesgos que no siempre se quieren correr. El primero es convertir al proceso en lo que no es, porque si se aplican reglas de cortesía y honestidad exigible a las partes, habría que cambiar sortilegios ambivalentes como establece la escritura, que convierte las afirmaciones volcadas en el papel en lo único que se puede atender, porque de otro modo, "no está en el mundo". Así las cosas, mientras las partes luchan entre sí con lealtad, probidad y buena fe, en concreto lo hacen en un

juego sofista donde la realidad es distante y la confianza de la gente prácticamente nula.

Otro riesgo es transformar al magistrado en un árbitro del espejismo de lealtad y un represor de la infidelidad con las reglas. Establecido este criterio, habrá que eludir numerosas posibilidades de defensa que pueden verse como excesos en su ejercicio (v.gr.: recusación sin causa, desconocimiento de la firma que es propia, recursos insistentes, planteos insustanciales, etc. etc.).

La diatriba se observa, inclusive, en la opinión de la doctrina. Oteiza, por ejemplo, sostiene en el relatorio presentado en octubre de 1998 en la Universidad de Tulane (New Orleans), que el principio de moralidad incluye el deber de evitar situaciones de abuso procesal porque, con ellas se vulnera el derecho que tiene toda persona al debido proceso. Inclusive, interpreta que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (OC nº 9/87) sostiene que el principio queda inmerso dentro de las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo la consideración judicial[90].

Mientras otros, como Ramos Méndez en el mismo simposio, dijo que […]

> "en el proceso, que encarna la lucha por el derecho, se reflejan las mismas tensiones que en el resto de la sociedad. Lo razonable es asumirlas. Los verdaderos protagonistas del litigio son los ciudadanos, no los Tribunales. Dejémoslos desahogarse a sus anchas. No estrechemos innecesariamente el marco de las garantías procesales"[91].

90. Oteiza, Eduardo D., *Abuso de los derechos procesales en América Latina*, en "Abuso dos direitos processuais", obra coordinada por José Carlos Barbosa Moreira, Forense, Río de Janeiro, 2000.
91. Ramos Méndez, ob. cit., p. 6.

La ambivalencia es manifiesta: en un extremo se instala como regla del debido proceso; y en otro como un deber de conducta formal sin demasiadas exigencias.

3. El principio de moralidad y la buena fe en el proceso

Nosotros creemos que el principio de buena fe en el proceso puede ser entendido como un *hecho* (creencia de obrar con derecho) o como un *principio* (lealtad y probidad hacia el juez y su contraparte), teniendo explicaciones diferentes.

En lo sustancial, el primer aspecto se releva como *buena fe subjetiva*, y consiste en la convicción honesta de obrar con razón y sin dañar un interés ajeno protegido por el derecho. Mientras que el segundo se relaciona con la *buena fe objetiva*, que se visualiza en las conductas, como comportamiento de fidelidad, que se sitúa en el mismo plano que el *uso de la ley*, es decir, como cita De los Mozos, adquiere función de norma dispositiva, de ahí su naturaleza objetiva que no se halla basada en la voluntad de las partes, sino en la adecuación de esa voluntad al principio que inspira y fundamenta el vínculo negocial[92].

Llevado al proceso civil, estas tendencias muestran que la conducta de las partes puede leerse también en dos sentidos. Por un lado habrá que custodiar el desempeño en base a una regla de conducta inspirada por la buena fe, que supone esperar que los litigantes se desempeñen con lealtad y probidad. Este aspecto no tiene presupuestos ni condiciones, porque es un principio amplio que, en el terreno procesal, podríamos denominar como *principio de moralidad*.

92. De los Mozos, José Luis, *El principio de la buena fe*, Bosch, Barcelona, 1965, p. 134.

Por otro sendero transita la interpretación de los comportamientos, para advertir si la creencia de actuar asistido de razón, es sincera y sin intenciones malignas o dolosas. Estas acciones obligan al juez a estudiar las conductas y derivar sanciones cuando entiende que con aquéllas se incurre en desatinos, como son las acciones temerarias (actuar a sabiendas de la propia sinrazón) o de mala fe (conductas obstruccionistas del orden regular del proceso). Aquí se expresa como una facultad jurisdiccional, o poder disciplinario del juez.

Este dualismo se refleja en los códigos latinoamericanos y se expande como tendencia dominante, donde el principio de moralidad del proceso establece un deber genérico que obliga a los sujetos procesales a cumplir con las reglas de conducta derivadas del principio de buena fe; y sancionando las acciones abusivas de esa regla, tornando así la creación de un nuevo principio procesal que sería la prohibición de ejercer *abuso procesal*[93].

En uno u otro supuesto, el principio informa un deber del procedimiento y propone un conjunto de reglas de contenido

93. El XX Congreso Nacional (Argentino) de Derecho Procesal, celebrado en la ciudad de San Juan del 13 al 16 de Junio de 2001, quedó puesto de relieve esta figura, destacando la ponencia presentada por Marcos L. Peyrano que agudamente dice: "*A poco que ahondemos en el análisis de la recepción legislativa del principio de moralidad, podemos ver que este ha sido acogido en los diversos códigos procesales nacionales mediante el establecimiento de deberes jurídicos generales de contenido ético (v.gr.: de lealtad, de buena fe, etc.), por lo cual resulta lógico que el legislador haya previsto sanciones de tipo general al respecto. Es que, justamente, el principio de moralidad apunta a lo genérico; busca proteger la correcta administración de justicia en su conjunto y, al efecto establece también "penas generales", que no significan una desventaja procesal para alguno de los sujetos procesales sino que afectan al penado extraprocesalmente (v.gr: multas). Por el contrario, el principio de abuso del proceso -si bien derivado del anterior- apunta a lo específico, tipificando conductas particulares (previstas o no expresamente por las normas procesales) dentro de un proceso particular que implican un desborde o desviamiento, el cual, puede o no responder a dolo o culpa; es decir, carecer de un elemento subjetivo que lo aliente pero constituirse en un exceso al fin…"* (Libro de ponencias, tomo I, p. 102).

ético y una serie de potestades disciplinarias que le facilitan al juez el control de la regla moral[94].

4. Grados de la buena fe

El derecho, en general, tipifica las conductas de los hombres pretendiendo en su contenido que aquellos se ajusten a las normas dispuestas, amparando con su protección a los que coinciden en el cumplimiento y sancionando a los infractores.

Esta lógica de las relaciones jurídicas provoca el natural encuentro de los hombres en el tráfico, en la convivencia diaria y en toda la variedad que produce la comunicación humana. Es natural pensar que estas vinculaciones se ligan bajo el principio de la *buena fe - creencia*, es decir, que el desenvolvimiento cotidiano se entrelaza por las mutuas conciencias de actuar conforme a derecho.

Pero además, el principio de la confianza tiene un elemento componente de ética jurídica y otro que se orienta hacia la seguridad de las relaciones. Ambos no se pueden separar. Deviene así conmutable con estas ideas el segundo principio donde asienta el intercambio social*: la buena fe - probidad*, o conciencia de obrar honestamente.

94. Destaca Hernán Fabio López Blanco que, si bien es cierto que este principio toca en buena parte con aspectos éticos del ejercicio de la judicatura y de la abogacía, ha sido aceptado, no sin resistencias como informador de nuestro procedimiento. Por ello, normas como el art. 37 en su núm. 3 hablan del deber del juez de impedir actos contrarios a la "lealtad, probidad y buena fe que deben observarse en el proceso", lo que se reitera en el art. 153 numeral 20 de la ley Estatutaria y el decreto 196 de 1971 sanciona las faltas a la lealtad que deben observar quienes como abogados intervienen en el proceso, independientemente, claro está, de las sanciones por comisión de ilícitos de carácter penal (*Procedimiento Civil*, Parte General, tomo I, p. 103, Dupré, Bogotá, 2002, p. 544).

Transportadas al proceso estas deducciones del comportamiento, resulta difícil aplicarlas estrictamente en la medida que el marco donde la conducta se desenvuelve es absolutamente diferente. Mientras en el negocio jurídico se parte de la base de la confianza, en el proceso la característica esencial es lo contrario. En términos estrictos significaría enfrentar un adversario y derrotarlo.

Por eso las nociones tienen coloraciones que se deben precisar, debiendo en consecuencia destacar cinco significados corrientes, pero con singularidades al ser aplicados en su propia circunstancia:

1) La buena fe refleja *lealtad, honestidad y fidelidad*, cuando en el derecho de fondo exige acciones positivas para establecer la relación jurídica de que se trate. Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe, de acuerdo con lo que las partes verosímilmente entendieron al tiempo de contratar; ésta es la consigna en la formación y cumplimiento del contrato.

En el proceso civil, la conducta leal, honesta y fiel se colige como un principio abierto que reposa en un contenido deontológico, es decir, de ética en el comportamiento profesional y como una regla que gobierna la conducta de las partes.

La deslealtad, la deshonestidad y la infidelidad encuentran normas procesales que las sancionan tomando cuerpo en multas particulares o para entender que esa conducta supone una prueba en contra de quien la práctica, etc. De alguna manera, tiene consecuencias que se advierten en el resultado (la sentencia), al aplicarse sanciones por temeridad y malicia (como sucede en Argentina), o por interpretar en contrario la prueba producida con argucias desleales, o sancionando al obstruccionista recalcitrante, etc.

2) La buena fe supone *confianza*, como criterio de reciprocidad, en la cual está implícita la comunidad de intereses y los objetivos comunes. Son proyecciones de esta regla, la doctrina de los actos propios, y el abuso del derecho, que se acomodan tanto para los negocios como para el debate procesal.

3) También puede manifestarse como *credulidad,* y obviamente se vincula a la confianza. Tal es el sentido de la ley penal cuando castiga los delitos que consisten en sorprender la buena fe de alguien.

4) *Errónea creencia o convicción* respecto de una situación de hecho ligada al derecho, es otra lectura de la buena fe. Hay aquí un presupuesto que admite en el error involuntario un elemento de justificación. En el proceso, por ejemplo, la condena en costas puede excusarse cuando se alega que alguien ha obrado en la creencia de estar asistido de razón y derecho. Son numerosos otros ejemplos, como los de posesión de buena fe, o el matrimonio putativo. Esa ignorancia o errónea convicción es una señal de honestidad.

5) Finalmente, la buena fe tiene un sentido valorativo que culmina con la *equidad* que debe presidir la interpretación, la ejecución y la revisión judicial de las convenciones. De algún modo, es el principio que permite la revisión del proceso fraudulento, o que posibilita revocar la cosa juzgada írrita.

Esta vastedad del principio no se agota en las utilizaciones descriptas. Se ha entendido que también constituye un principio de interpretación e integración del derecho[95].

De modo tal que el amplio espectro que ocupa la buena fe perdona la falta de definiciones precisas, y razona el motivo por

95. Silveira, Alipio *La buena fe en el proceso civil,* en Revista de Derecho Procesal, año V nº II, Ediar, Buenos Aires, 1947.

el cual su estudio se bifurca en su consideración como hecho y como principio.

En cambio, la buena fe como precepto concibe un entendimiento más cabal y toma cuerpo preciso en el problema que interesa a este estudio: su presencia en el proceso[96].

Por su parte, actualmente se afirma la tendencia en encontrar, como una de las derivaciones del principio cardinal de buena fe, el derecho a que las partes se manifiesten con la verdad; sosteniendo un comportamiento leal y coherente con los actos que preceden esas conductas, sin importar ni hacer diferencia entre las acciones de particulares o del Estado.

Al derecho procesal civil no le corresponde calificar la "*bona fides*", pues éste contesta a un concepto de filosofía jurídica que se conjuga con otras ciencias como la del derecho y la historia.

Hemos anticipado que la alternativa de considerar la *buena fe-creencia* y la *buena fe-lealtad* supone crear pautas que faciliten al juez interpretar la conducta en el proceso; al mismo tiempo que entrega a las partes un conjunto de reglas que se sostienen en el principio de buena fe procesal.

En el proceso, la buena fe surge bajo los dos aspectos. Estará en la interpretación de la creencia de obrar honestamente, como en la conducta que se desenvuelve en los límites del principio de lealtad y rectitud hacia la contraparte.

96. De manera acertada ha destacado Couture que el principio de buena fe y lealtad procesal debe ser de gran preocupación, en cuanto supone una pauta ética a la que deben adecuar su comportamiento los sujetos intervinientes en el debate procesal; el hecho de tener instaurado un determinado parámetro ético es la finalidad del proceso, consistente en hacer justicia en cada caso concreto, procurando que la decisión se ajuste a los hechos y al derecho vigente. Los obstáculos que alteren ese objetivo, aunque sean lícitos jurídicamente, alteran la noción de debido proceso, consagrada como derecho humano (*Estudios de derecho procesal civil,* tomo III, Depalma, Buenos Aires, 1979).

Pero en todos los casos, no será la buena fe tomada desde sus bases genéricas la que dará orientación a los temperamentos a adoptar en el proceso civil, porque éste tiene un principio propio que es el de *moralidad* y consecuencias concretas cuando alguien (letrados, partes y jueces) se aparta de las reglas de conducta establecidas.

5. La buena fe y la honestidad de la conducta

La buena fe se traduce en la convicción de actuar conforme a derecho; en esa noción se unifican el aspecto psicológico o creencia en el propio derecho, y el ético, o voluntad de obrar honestamente.

En el marco de las actuaciones procesales, supone la seguridad o también la ignorancia de no dañar un interés ajeno tutelado por el derecho, pero no es un principio dogmático ni producto de una creencia intuitiva, pues la creencia generadora del convencimiento del sujeto debe estar fundada en elementos exteriores que le proporcionen la información suficiente para lograr tal certidumbre.

Por eso, para reconocer valor a la *buena fe - creencia* como fuente de derechos es necesario que exista un fundamento real y serio para la formación de tal credulidad, debiéndose constatar el valor de los factores externos que provocaron la apariencia del derecho.

En efecto, quien a sabiendas actúa en el litigio convencido de tener razón, no lo puede hacer por simple obsecuencia u obstinación; esa apariencia de actuar debe originarse con motivos y razones y de un modo que le sea imputable. Pero no podrá alegarse cuando el desconocimiento del verdadero estado de las

cosas proviene de una negligencia culpable, y la actuación procesal se ejercita con abuso, propio del desatino o ligereza.

Cuando en los códigos procesales latinoamericanos se establece entre los deberes de la parte y sus abogados el obrar con lealtad y buena fe, así como actuar sin temeridad, está indicándoles esa obligación moral de desempeñarse con probidad y honestidad. Con los actos se manifiesta la conducta, y por eso se faculta a los jueces a resolver en la dimensión de sus poderes de instrucción, para rechazar toda articulación manifiestamente dilatoria o improcedente; o, en el terreno de lo concreto que se declara en la sentencia, autoriza sanciones por la actuación temeraria o maliciosa.

En el campo del derecho contractual, la buena fe sólo se compadece con un error o ignorancia de hecho excusables, por lo que no puede invocar la calidad de contratante de buena fe quien no obra con cuidado y previsión de acuerdo a la naturaleza del acto y forma la creencia errónea por una actuación negligente.

Ahora bien, quien cree y actúa convencido de su derecho, se ampara en el ejercicio del derecho de defensa y en la honestidad de su comportamiento. Para ello se funda en situaciones objetivas antes que subjetivas. Es decir, quien cree actuar a sabiendas de su buena fe, debe tener fuentes suficientes de convicción para persuadir al juez que no lo está engañando.

En sus orígenes, la buena fe debía asegurarse con el "juramento de calumnia" que significaba prometer lealtad y actuación honesta, sin ánimo de injuriar ni provocar daño al contrario.

Explica Condorelli, que por esta senda se pretendía evitar la temeridad, que suponía obrar con inconsideración y aturdimiento, después concebido como malicia[97].

97. Al poco tiempo fue interpretada como calumnia o temeridad la forma más fre-

En síntesis, la actuación acorde con el principio de *buena fe - creencia* significa apuntalar la honestidad del comportamiento con hechos objetivos que demuestren sin fisuras que existe una razonable pauta de convicción que permite sostener con fundamentos las pretensiones expuestas.

No hablamos de *conducta leal*, sino de una actitud de razonable confianza hacia el derecho que invoca. Tampoco es una conducta que asiente en la *probidad*, porque esta difiere del criterio que se aplica a la creencia subjetiva de actuar con razón y fundamento. Lealtad y probidad, en todo caso, son figuras de la buena fe analizada objetivamente en los actos que se desarrollan en el proceso.

6. La actuación contraria al principio de buena fe

La violación del principio de buena fe no tiene para el derecho procesal la misma trascendencia que adquiere en el derecho privado. La diferencia radica en los efectos que siguen al desvío y en la respuesta que tiene el ordenamiento jurídico para la represión de ese acto contrario a la moral.

Para el derecho de fondo, el principio de buena fe encuentra diversas aplicaciones, presentándose al intérprete como una norma necesitada de concreción que oscila entre la equidad y el derecho.

cuente de su apariencia: la alegación de hechos falsos y la reclamación de créditos infundados, en el más amplio sentido de los dos conceptos. Como falsedades se consideraban, verbigracia, la relación incompleta de los hechos, es decir, la supresión de circunstancias relevantes, el recurso a documentos falsos; la pretensión de derechos no existentes; la formulación de demandas injustificadas; el exceso sobre el crédito fundado ("plus petitio") (Cfr. Condorelli, Epifanio José Luis, *Del abuso y la mala fe dentro del proceso*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1986, p. 244).

En cambio, en el derecho procesal, la *bona fides* tiende a la aplicación de una regla de conducta honesta en el curso de la litis, e incluso las variadas manifestaciones que encuentra, como el dolo, el fraude o la simulación, no coinciden exactamente con los conceptos que para estas figuras tiene el derecho civil.

Por otra parte, el proceso es una relación publicística de tres personas: las partes y el juez, hecho que denota otro matiz distintivo.

La consecuencia normal y habitual de toda irregularidad jurídica es la nulidad y la sanción por responsabilidad emergente.

Podríamos utilizar un concepto opuesto para tratar de explicar mejor el alcance que tiene.

La mala fe también es una noción compleja. Para advertirla en el litigio, es menester atender su componente subjetivo, consistente en la intención o conciencia de perjudicar o engañar, y su elemento objetivo, es decir, la imprescindible manifestación externa de esa conciencia dolosa.

Ambas relaciones coinciden con el concepto ético social que comprende la buena fe. El elemento ético sería la mala intención o conciencia de la propia sinrazón; y el valor social, la actuación de la parte demostrada en sus propios actos.

Ahora, si la buena fe es la justa opinión de que lo que se ha hecho o se tenía el derecho de hacer; la presunción de buena fe, no es más que un principio general, del cual cabe apartarse, no sólo cuando se proporciona la prueba de la mala fe -que puede ser a través de presunciones graves, precisas y concordantes- sino también cuando las circunstancias del caso demuestren que la *bona fides* no puede haber existido.

En el sistema Colombiano tiene una aplicación concreta de este matiz, lo dispuesto en el art. 71 que dispone los deberes de conducta del abogado. No es solamente la exigencia de probidad y buena fe, también tiene que colaborar, actuar con corrección y evitar acciones o subterfugios obstruccionistas o meramente dilatorios.

Igual sucede con el art. 170 del Código de Procedimiento Civil de Venezuela, que impone la actuación con lealtad y probidad, estableciendo la obligación de decir verdad en los hechos; la prohibición del obstruccionismo provocado (malicia), o la dilación innecesaria.

En el COGEP el artículo 284 (Costas) también lo establece diciendo […]

> La persona que litigue de forma abusiva, maliciosa, temeraria o con deslealtad será condenada a pagar al Estado y su contraparte, cuando haya lugar, los gastos en que haya incurrido. La o el juzgador deberá calificar esta forma de litigar y determinar su pago en todas las sentencias y autos interlocutorios que pongan fin al proceso.
> El Estado no será condenado en costas, pero en su lugar podrá ser condenado a pagarlas quien ejerza su defensa.

No obstante, instalar en una misma norma, todos los deberes sin establecer las consecuencias, pueden llevar a confusiones respecto a las sanciones aplicables, que es preciso diferenciar; no tiene igual entidad el comportamiento incoherente respecto del que se presenta doloso o fraudulento. No significa lo mismo ocultar una prueba que destruirla; ni ocultar la verdad respecto a mentir.

Por eso, el sistema venezolano es mejor aunque insuficiente porque dispone que quien actúe con temeridad o mala fe, es responsable por los daños y perjuicios que causare.

7. Conducta temeraria

La mala fe objetivamente comprobada tiene sanciones y origina responsabilidades.

La conducta temeraria es la actuación a sabiendas de la sinrazón. Es una aplicación del principio de la *buena fe - creencia* (creencia subjetiva de actuar con derecho); en cambio, la malicia ocasiona acciones desleales o deshonestas, que representan obstruccionismo en la marcha regular del proceso, o dilación provocada con actuaciones inoficiosas.

La demanda es temeraria si, además de carecer de todo sustento fáctico o jurídico, es arbitraria por basarse en hechos inventados o jurídicamente absurdos, de manera que es evidente el conocimiento de la sinrazón. En cambio, por malicia (mala fe) se entiende la utilización arbitraria de los actos en su conjunto (inconducta procesal genérica) o aisladamente, si el cuerpo legal los conmina con una sanción especial (inconducta procesal específica). Así, es malicioso el empleo de las facultades otorgadas por la ley en contraposición con los fines del proceso, en violación de los deberes de lealtad, probidad y buena fe, con el objeto de dilatar indebidamente el cumplimiento de las obligaciones reconocidas por la sentencia.

Del mismo modo, la temeridad consiste en la conducta de la parte que deduce pretensiones o defensas cuya injusticia o falta de fundamento no puede ignorar de acuerdo con una mínima pauta de razonabilidad.

En fin, temeraria es la conducta de quien sabe o debe saber que no tiene motivos para litigar y, no obstante, lo hace. La mala fe (malicia), en cambio, se configura por el empleo arbitrario del proceso o de actos procesales, utilizando las facultades que la ley otorga a las partes en contraposición a los fines de la jurisdicción, obstruyendo o desplazando el curso del proceso.

8. Lealtad

La buena fe que inspira el cumplimiento y desarrollo de actos procesales se observa en el plano de los hechos. De allí surgen dos cuestiones a analizar: una es el significado de *lealtad* y el otro, qué se quiere decir cuando se pondera la *probidad* en la conducta de los litigantes.

En ambos casos la constatación es siempre objetiva, porque para afirmar que alguien se aparta de los deberes de lealtad y probidad es necesario encontrar concretamente el acto o la omisión que lo manifiesta.

Ocurre que la conducta leal y honesta cumplida en el curso de las actuaciones procesales supone la transferencia de "evidencias" de conductas o actitudes, que como tales, se valoran en conjunto para resolver la calidad del comportamiento.

Obviamente, dice Silveira, dicha actitud contiene un elemento objetivo que sirve de base a la conciencia individual, pero que es variable con las exigencias sociales y mutables de acuerdo a la relación jurídica que se entabla. Si recordamos –agrega– que la buena fe en el derecho es una integración compleja de elementos ético-sociales, advertiremos que, en el proceso, el primer elemento atañe a la buena intención que acompaña la conducta leal, honesta; en tanto el segundo, se compone de elementos accesorios que dependen de política y técnica jurídica[98].

Para comprender suficientemente como actúa la *buena fe - lealtad* es necesario apuntar la diferencia que existe cuando se interpreta la *buena fe-creencia*. Mientras en ésta la consideración es subjetiva y expande sus resultados al campo de lo material y procesal; en el análisis objetivo el punto de partida es distinto porque la buena fe, como principio, queda desplazado por otra regla procesal que es el principio de moralidad.

98. Silveira, ob. cit., p. 134.

Basados en este encuadre, el desempeño objetivo de los actos de partes y terceros, y aun del mismo órgano jurisdiccional, se confronta con los principios y presupuestos del proceso, y en particular de requerimientos específicos como son: la legalidad formal de las actuaciones; la voluntad que se declara; el deber implícito, o no, de decir verdad; entre otros que cada código procesal dispone en particular.

Asimismo, existe dentro del principio de moralidad un aspecto distinto al de la buena fe que asienta en los efectos que tienen las acciones defectuosas. Mientras en el proceso civil la regla es la validez a pesar de la irregularidad, no sucede igual con los actos jurídicos. En tal sentido se afirma la distinción que advierte que los vicios de los actos jurídicos no se transportan con plena libertad al proceso civil, de modo tal que la existencia de error, dolo, fraude, deshonestidad; abuso de derecho; retrasos desleales, etc., no tienen cabida en el régimen de las nulidades procesales.

En definitiva, el principio de moralidad que se aplica estrictamente a lo procesal, difiere de la buena fe como principio que regla las conductas en los actos jurídicos o en la contratación. Lo principal acontece en el plano de los hechos y su adecuación en cada uno de los actos del proceso.

Le corresponderá al juez la calificación de las conductas, para lo cual debe apelar a su sensibilidad social y a su obligación de atribuir a las acciones de los justiciables el verdadero sentido que los anima dentro del concepto de solidaridad que debe presidir la conducta humana.

El magistrado asume función de intérprete y debe preocuparse de ver cómo entiende el común de la gente una determinada conducta, ya consista ésta en pronunciar palabras, ya en ejecutar ciertos actos, ya en guardar silencio. Su misión es observar el sentido que se atribuye al negocio de que se trate, y la intelección permitirá arribar a una justa composición.

La lealtad es un concepto abierto en el aspecto procesal, porque muchas veces depende de variables éticas. El *honeste procedere* es así una regla moral que se considerará violada cuando las exigencias de decencia y probidad no se encuentren presentes en el proceso.

La conducta se analiza con un término específico cuando se trata de controversias ante la justicia: se denomina comportamiento procesal la representación objetiva de los actos y el análisis que el juez celebra sobre ese desempeño para medir su adaptación a las reglas del precepto de moralidad.

El principio general de la buena fe, cuando se aplica al litigio, tiene un matiz que lo diferencia, sobre todo, en el aspecto vinculado a la confianza. Quizás, precisamente, porque el proceso surge como una etapa patológica de la relación humana, y su término de enlace, puntualmente es el contrario: la desconfianza.

Dicho en otros términos, el principio general de la buena fe juega, en el orden de las relaciones humanas, como el elemento esperado en otra persona, es decir, su conducta leal, honesta y estimada.

De modo entonces que la relación entre derecho y moral supone un entrelazamiento entre el derecho "correcto" y la moral "correcta". La lealtad y la probidad son propiciadas por el poder estatal a punto tal que obtienen una suerte de institucionalización y se convierten en un deber externo, indiferente al sentir interno del individuo que puede o no conformarse al principio.

Si la parte incurre en comportamientos desleales, el fundamento moral corre el riesgo de perderse, si no cuenta con elementos coactivos que lo impongan.

En este juego dialéctico entre lo bueno y lo malo, lo correcto y lo incorrecto, lo moralmente exigible y lo socialmente repudiable existe una franja muy extensa de situaciones híbridas que sólo el juez puede ponderar y calificar según su ciencia y conciencia.

Quizás sea este aspecto el de mayor trascendencia, pues en esta medida, en términos de filosofía jurídica, el ordenamiento procesal apoya a través de la coacción la libre motivación moral del individuo. Ciertas normas morales (como la lealtad y probidad procesal) son consideradas como tan importantes para la sociedad, que la motivación interna no parece ser suficiente.

Desde este punto de vista (naturaleza y fin del principio), la lealtad puede asumirse como una regla de costumbre que no tiene sanción jurídica fuera del proceso, pero sí una grave reprimenda ética, relevante, de desestima y reprobación de la mayoría de los miembros de la colectividad, respeto de quienes no observan tales reglas.

Las manifestaciones de deslealtad son muchas y operan desde el fraude hasta el simple equívoco (error inintencional).

Según Silveira, por lo general, la deslealtad se apareja con la mentira procesal, aunque se pueda mentir para un fin bueno sin llamar desleal sino a quien miente en perjuicio ajeno[99].

Como en el deber de probidad, la violación a la lealtad puede originar consecuencias penales (fraude procesal, desobediencia procesal fraudulenta, estafa procesal, etc.).

El problema de la lealtad está íntegramente vinculado también al de la responsabilidad procesal, y la violación al deber en cita, importa una consecuencia agravada.

99. Silveira, ob. cit., p. 144.

Couture ha distinguido cuatro grados de responsabilidad:

1) Responsabilidad procesal propiamente dicha, que es la condena al pago de los gastos del juicio;
2) Responsabilidad civil del litigante malicioso cuyo acto ilícito se proyecta más allá del proceso mismo;
3) Responsabilidad por el litigio fraudulento, que alcanza al orden penal;
4) Responsabilidad administrativa de los profesionales que actúan en el litigio[100].

En suma, la conducta procesal desenvuelta en la medida del principio de moralidad, consiste en encontrar el justo medio entre la habilidad y la astucia como compone el marco de exposición y/o defensa un abogado, y la argucia intencionada a buscar fines diferentes a la colaboración que deben tener las partes en un proceso. Como no se trata de quebrar el criterio de bilateralidad y contradicción permanente, los poderes del juez reclaman del mismo una ponderación con equilibrio y equidad, procurando no afectar el derecho de defensa en juicio.

9. La probidad en la conducta

La probidad, en sentido general, atañe a la honorabilidad y, dentro de ésta, a la honestidad.

Según Lega, importa una doble consideración respecto de su participación en el proceso: la probidad en las actuaciones procesales, como obligación ética de comportamiento ritual, y la probidad profesional que, por su amplitud, puede extenderse a la conducta privada del abogado[101].

100. *Estudios,* ob. cit., p. 163
101. Lega, Carlos, *Deontología de la profesión de abogado*, Cívitas, Madrid, 1976, p. 177.

Está claro que la conducta ímproba no puede ni permite al juez sancionarlo como falta ética, porque esa es una tarea de la corporación y sus tribunales propios. La actuación del juez opera en el campo de los poderes disciplinarios.

En general, cuando bajo el argumento de la defensa de los derechos se perturba el normal desenvolvimiento de las actuaciones mediante presentaciones inconducentes y manifiestamente improcedentes, éstas sin lugar a dudas encuadran en las previsiones que destacan un comportamiento ausente de probidad, porque tiene una intención dañina; o sea, que cuando se advierte que se litiga sin razón valedera alguna y con un evidente propósito obstruccionista, corresponde aplicar la sanción y actuar en defensa del principio de moralidad.

En suma, la *buena fe-lealtad* es un tema objetivo que se analiza sobre los hechos y las omisiones que las partes realizan en el proceso.

Sin embargo, no es fácil colegir cuándo y en qué oportunidades se puede aplicar la regla; en primer lugar porque en el ejercicio del derecho de defensa cada parte ensaya su propia estrategia, y como para ello no existe la imposición concreta de ayudar al juez a encontrar la verdad, sino antes bien, de persuadirlo sobre la razón de las respectivas afirmaciones, es obvio que la colaboración tiene un tinte más formal que estandarizar una conducta modelo.

Ahora bien, en este juego dialéctico que supone el litigio, hay preceptos que se vinculan con formalidades y solemnidades que impiden auspiciar o tolerar actuaciones que no se adapten a ellas.

Aparece entonces el *principio de legalidad* de las formas que exige en los contradictores modelos de expresión (que por la tradición e insistencia han llevado a encriptar el lenguaje jurídico

y a alejarlo cada vez más de aquello que la gente común –no abogados– puede interpretar y entender). Quien se aparta no recibe sanciones graves, pero sufre amonestaciones, apercibimientos, y padece los efectos de esa inconducta específica como puede ser la devolución del escrito ausente de formas rituales, o el desglose provocado por la orden judicial.

Este principio de legalidad transita también por otro camino que es la forma de expresión. Habitualmente no se puede transferir al proceso la voluntad real y decirla tal como se quisiera (para evitar improperios, denuestos o insultos); en realidad, afirmaba Guasp, la verdadera voluntad dicha en el proceso es la que se declara, como se debe[102].

El profesional tiene la *obligación* de cuidar su técnica y de observarla con inteligencia y constancia. No se limita, por tanto, a considerar el concepto de ciencia como punto de referencia de un deber moral específico, sino que, junto a tal poder, existe la carga jurídica de comportarse según la técnica más apropiada. La corrección profesional impone también otros deberes tales como el tacto, la escrupulosidad, el orden, la cautela, la prevención, la seriedad, y preparación en el estudio y despacho de los asuntos que se le asignan.

En cuanto al nexo con los principios de lealtad y probidad, va de suyo que aparejan una doble intención: respetuosidad hacia la parte y hacia el órgano jurisdiccional.

El sentido de este comportamiento, pretende la adecuación a las reglas del orden, decoro, corrección y buena educación. Entendiendo por *orden* a la tranquilidad, armonía y equilibrio que debe existir en el proceso para su normal desarrollo y por *decoro*, al respeto en sentido estricto que se debe tanto al Tribunal como a todos los intervinientes en el proceso.

102. Guasp, Jaime, *Derecho Procesal Civil*, tomo I actualizado por Pedro Aragoneses, Cívitas, Madrid, 1998, p. 267.

La incorrección exhibida que figure como irrespetuosa en el sentir del Juzgador, tiene que ser deducida o advertida por él mismo; su experiencia en el manejo de la cuestión procedimental forma bases suficientes para poder razonar la falta al decoro.

En este sentido, la calidad del acto cumplido sólo puede controlarse y sancionarse dentro y en ocasión del proceso, pues la potestad disciplinaria del juez no puede enervar la natural jurisdicción que ejercen las entidades profesionales[103].

En síntesis, los términos empleados en los escritos judiciales que, aun sin llegar a ser injuriosos, indecorosos u ofensivos, menoscaban el nivel de la controversia jurídica, además de ser francamente innecesarios desde que nada agregan a la eficacia como se puede sostener una postura frente a la cuestión surgida, autorizan al Tribunal a aplicar las medidas que les compete en ejercicio de la policía procesal que cumplen.

10. La doctrina de los propios actos

La confianza es la base de la negociación y el fundamento de las contrataciones; por eso cuando la conducta se desvirtúa con actos incompatibles con esas actitudes precedentes, se afirma que nadie puede ir en contra de sus propios actos porque con ello se permitiría vulnerar la buena fe negocial.

103. Criterio que no pretende dividir aguas entre Jueces y Abogados, sino en consignar en sus respectivos territorios a las potestades disciplinarias. Una cosa es la cuestión ética que debe sancionarse y reprimirse por pares; y otra la cuestión disciplinaria donde es justo que el magistrado actúe con suficiente fuerza y ejecución las potestades que hagan cumplir el principio de buena fe en el proceso. Por eso compartimos la opinión de López Blanco cuando sostiene que, sin desconocer la actuación del extinguido Tribunal Disciplinario, cuyas funciones pasaron al Consejo Superior de la Judicatura, lo ideal sería dejar este aspecto del control de las faltas a la ética profesional al Colegio Único de Abogados, reforma sobre la cual se trabaja desde hace años atrás en el Ministerio de Justicia pero nada se ha concretado (Ob. cit., p. 104).

En los hechos, la *buena fe - lealtad* tiene aplicación concreta en la doctrina de los propios actos, porque a pesar de la necesaria contradicción en los actos del proceso, no se descarta que la probidad y la buena fe sean bases instaladas en el principio de moralidad.

Si bien el propósito o finalidad de la regla es el de mantener la relación jurídica en los términos en que haya sido creada, sin permitir su voluntaria contravención, el principio que es una variable de la "propia torpeza", pretende no quebrar, ni ponerse en desacuerdo con otros preceptos generales del derecho como sería, en el caso, la igualdad ante la ley.

La doctrina de los propios actos constituye un principio general del derecho. Como tal, los jueces deberán aplicarlo en cada oportunidad que consideren reunidos sus elementos estructurales, partiendo de que es inadmisible que un litigante pretenda fundamentar su acción, aportando hechos y convicciones de derecho que contradigan sus acciones precedentes; es decir, que asuma una actitud que lo venga a colocar en oposición con su anterior conducta.

De esta pauta surge que un litigante va contra sus propios actos cuando intenta formular una pretensión, dentro de una determinada situación litigiosa, que no es compatible con su obrar primero.

La doctrina de los actos coherentes se ampara en la buena fe, en cuanto el ordenamiento jurídico impone a los sujetos el deber de proceder, tanto en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas como en la celebración y ejecución de los negocios jurídicos, con rectitud y honradez.

Esta política, extendida al proceso, significa que la pretensión marca el hilo conductor de un juicio, condicionando a las partes y al juez, en razón del principio de congruencia, a ajustar

sus intervenciones a los hechos y al derecho suscitado en la instancia.

Por ejemplo, el apartamiento de esta regla procesal determina que sea absolutamente antitético afirmar al mismo tiempo que un acto es falso (querella de falsedad) y que es real pero inválido (inconciencia del testador, captación de la voluntad, irregularidades formales); lo mismo acontece si una parte admite haber incurrido en un error y luego que se resuelve apela el resultado.

La incoherencia es un aspecto de la conducta que puede trasuntarse en el proceso, en distintas etapas o condiciones.

Puede ocurrir que un individuo modifique su pretensión procesal a través de actos indiciarios que llevaran a tener por cierto que quiere una conclusión distinta a la originariamente pedida (claro está, que este ir contra sus actos previos, está prohibido tanto por el principio de preclusión, como el de congruencia).

O bien, que asuma un comportamiento en el proceso muy diferente al estimado en sus etapas anteriores, sea a través de expresiones documentadas (v.gr.: expediente administrativo), o de actitudes personales que reflejen una intención inequívoca.

Otras veces, el hombre se ve compelido por las técnicas modernas de contratación, que lo llevan a consentir convenios de renuncia a facultades procesales que hacen a la garantía del debido proceso adjetivo (v.gr.: restricciones al ejercicio de excepciones, o prórrogas de competencia, etc.).

Este condicionamiento pone en juego el instituto de la renuncia; sin embargo, será imperioso interpretar si el acto de liberalidad ha sido otorgado de pleno consentimiento y en un plano de igualdad contractual no viciado de cláusulas vejatorias,

que posterguen el vínculo contractual por el negocio predispuesto, para resolver si el rompimiento unilateral de esos convenios supone una contradicción con los actos cumplidos.

Pensadas estas posibilidades pueden plantearse distintos interrogantes, o responderse con figuras ya establecidas.

1º) Será litigante temerario quien varía una calidad de conducta asumida previamente. O es, acaso, un justiciable que ha sufrido el abuso de una parte más fuerte.
2º) De ser así, ¿es un problema procesal?, o ¿debe resolverse con las normas de fondo?
3º) ¿Cómo se interpreta en el proceso, el principio del *venire contra factum proprium*?

Seguramente encontraríamos muchas más variantes o alternativas, pero a los fines de recortar el perfil procedimental que asume el principio, observemos los enunciados.

Hemos insistido en que el "comportamiento sistemático" debe estudiarse objetivamente, excluyendo la intención que pueda tener quien lo realiza, de manera que esta singularidad excluye la posibilidad de tener al autor por temerario o malicioso.

Si éste se ve forzado a asumir un comportamiento incoherente con el que ha convenido, habrá que resolver si la conducta constituye una infracción al deber de buena fe o si, por el contrario, este repliegue merece la tutela judicial por encontrarse amparada en una situación injusta, que ha puesto al inconsecuente en una posición de desventaja al momento de contratar.

Surge, así, que no siempre el obrar contradictorio es fuente de repulsa jurisdiccional o de causa para interponer al principio como fundamento de la improcedencia de una pretensión.

Resolver el problema de la renuncia a través de postulados procesalistas es un quid de alta complejidad.

11. ¿Existe el deber de veracidad?

Una proyección interesante del principio de *buena fe - lealtad,* que podemos presentar, también, como deber de actuar en el proceso con probidad y honestidad, radica en el problema de aplicar la regla a las afirmaciones expuestas en los escritos postulatorios del proceso; porque la verdad absoluta es una finalidad no consagrada, al quedar desplazada de algún modo, con el principio de actuar con lealtad y probidad en el marco de la buena fe entre las partes[104].

En sus orígenes, cuando el proceso tuvo determinaciones vinculadas con lo sagrado y sacramental, la mentira fue castigada; pero el tiempo y la evolución de las ideas obligaron a los ordenamientos que reglaron el principio de certeza (como veracidad) bajo un aspecto punitivo, a tener que modificar las obligaciones de las partes.

El cambio más notable sucede cuando el sentido político del proceso se desplaza de manos privadas (principio dispositivo contemplado y aplicado a ultranza) al poder público, de manera que el centro de gravitación de las partes hacia el juez, modificó seriamente la función evitando que tuviera una actividad esencialmente represiva.

104. Obsérvese que el código de procedimientos civil dispone ambas reglas, es decir, en el proceso se debe actuar con lealtad, probidad y buena fe (art. 34 inciso 5º, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina; art. 37 inciso 3º, Colombia; art. 170, Venezuela), y se obliga a las partes y sus letrados a decir la verdad bajo pena de sancionarse a quien no lo cumple (art. 74 inciso 2º, Colombia), aunque está aclarado que la verdad requerida es respecto a los *hechos* (aclarado debidamente en el art. 170 inciso 1º, Venezuela).

La transformación del juez en director del proceso, instructor y efectivo enlace de la justicia con la realidad, llevó a castigar las actuaciones contrarias con el principio de *buena fe - lealtad* con sanciones específicas. En síntesis, el cambio señaló claramente que el problema no asentaba en el deber de decir verdad sino en la mentira a sabiendas y en el comportamiento malicioso[105].

105. Al respecto decía Carnelutti: "La moderna concepción del proceso civil elimina todo obstáculo contra el reconocimiento de la obligación: puesto que el proceso se sigue en interés público y por esto tiende a un resultado de justicia; por lo que la parte sirve al proceso y no el proceso a la parte, no existe la más remota razón para sustraer la acción de la parte a aquellos preceptos que el interés público reclama; el llamado principio dispositivo es una directriz de conveniencia y nada más, de manera que, según la conveniencia, puede ser limitado; la parte no se contrapone en absoluto al testigo en el sentido de no ser también ella un instrumento del proceso, por lo que en principio no hay razón alguna para que se pueda imponer al testigo, y no a la parte, la obligación de decir verdad. En cambio, desde el punto de vista de la conveniencia, la cuestión es muy delicada; en efecto, si es verdad que también la parte, lo mismo que el testigo, es un instrumento del proceso, es, sin embargo, un instrumento que opera de un modo enteramente diverso; las ventajas que el proceso obtiene de ellas dependen, sobre todo, de su iniciativa y, por lo tanto, de su libertad; cualquier límite señalado a ésta compromete su rendimiento; además, la acción de la parte se desarrolla por medio de la contradicción, que es una forma de lucha, no se puede, sino de un modo relativo, desterrar la fuerza y la astucia; en suma, cuanto más se atan las manos a las partes, tanto más, junto con el peligro del engaño o de la mentira, se desvanece también el beneficio de su acción. Esto quiere decir que la solución del problema debe ser una solución de proporción…".
"El derecho positivo italiano adopta una solución de este tipo siguiendo una directriz general que se manifiesta aun fuera de los límites del proceso; tal directriz se funda en la distinción entre engaño y mentira, a la que se adapta ya el derecho contractual. El engaño es mentira agravada por la realización de actos encaminados a determinar su credibilidad y, por lo tanto, a crear las pruebas idóneas para hacer admitir su verdad; lo que los romanos, a propósito del dolo, llamaban la "*machinatio*" y, los franceses, a propósito de la estafa, la "*mise en scène*"
Ideas que reitera en su famoso estudio *"Contra el proceso fraudulento*", donde destacó que "bajo este aspecto, para el buen fin del proceso es necesaria la igualdad de las partes, incluso desde el punto de vista de la fuerza o de la bellaquería; de ahí que a veces a un litigante galeote, en interés mismo de la justicia, mejor que un clérigo, se le contrapone un marinero" (Carnelutti, Francesco, *Sistema de derecho procesal civil*, traducción de Niceto Alcalá Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo, Uteha Argentina, Buenos Aires, 1944).

Ha sido evidente que el principio de publicización del proceso consiguió poner frenos a ciertos arrebatos que conspiraban contra el orden ético del proceso. De todas maneras, es riesgoso confundir la ética del comportamiento con el principio de moralidad, pues ambos coinciden en un imperativo de conducta (leal, recta y honesta), pero la primera escapa a la vigilia judicial en tanto se ampara en una exigencia del fuero íntimo: la moral y el derecho se debaten en componentes de volición que sólo se controlan cuando se encuentra el acto externo de provocación a la buena fe.

De modo tal que, cuando la exteriorización de la conducta se advierte en el proceso, el control jurisdiccional pone en acción el principio de moralidad y le exige a las partes comportarse con lealtad y probidad.

En este sentido, la obligación no tiene necesariamente que aludir al deber de decir verdad, o que no han de mentir; ni han de generar sospechas, etc.; todo ello limita la libertad y, en cierta forma, condiciona la voluntad de obrar.

Asimismo, el principio de moralidad preside el conjunto de actos procesales, y es bien cierto que desde el engaño doloso hasta la simple mendacidad, o desde el artificio al ocultamiento de un hecho conocido, existen varios grados de mentira, y, en el análisis de ella, en la trascendencia que revista o en la magnitud y proporción de su desatino, el juez podrá sancionar el comportamiento, sin necesidad de contar con una regla precisa y específica que complique la interpretación de lo que es verdad o mentira.

En nuestro parecer, no existe un deber de veracidad en el derecho, cuanto más se puede exigir certidumbre y convicción. Es lícito decir lo conveniente y ocultar aquello que debilita la pretensión. La verdad inocultable asienta en los hechos, mas no en todos, sino en aquellos que se alegan, afirman y construyen el material fáctico de la litis[106].

106. Ver capítulo siguiente.

Una compleja situación se ofrece con los abogados o representantes legales, a quienes se les impone hipotéticamente resolver si sus deberes de cooperación y honestidad hacia la jurisdicción han de ser cubiertos cuando ellos se oponen a los intereses de sus clientes.

En general la situación se presenta como un postulado deontológico, proclamando el deber de veracidad de los abogados. Así lo impone el art. 74 inciso 2º de Colombia; el art. 170 inciso 1º de Venezuela; y los arts. 34 inciso 5º y 45 del Código Federal argentino, al sancionar a quien se le constata haber sostenido hechos contrarios a la verdad.

En nuestro criterio, el abogado debe servir en primer lugar a sus principios éticos y a los que conforman una serie de postulados elementales de la conducta profesional.

> Para Bellavista parece cierto confirmar que el abogado, si bien destinado a tutelar los intereses de su cliente, no debe ocultar al juez lo necesario para una justa composición de la litis, aun cuando con este proceder no satisfaga los designios desleales de su patrocinado. Pero esta afirmación sería estimada para un abogado que asista a una parte civil, pues el defensor de un encartado en una causa penal juega con otros intereses, en donde la duda de la justicia se privilegia para obtener una decisión favorable (*in dubio pro reo*)[107].

Cuando el cliente lo someta a consideraciones que lo enfrenten con aquellos ideales, podrá limitar o abandonar el patrocinio sin que ello signifique alterara el legítimo ejercicio de una defensa, pues en la medida del interés general encontrará la razón de sus decisiones.

107. Bellavista, B., *Lealtá e probitá del difensore e del accusatore privato nel processo penale*, en Estudios en homenaje a Antolisei, tomo I, Giuffré, Milán, 1965, p. 22.

12. El abuso procesal

La teoría del abuso del derecho es de raigambre sustancial, de manera que nace y se desarrolla en el derecho privado.

Fue Josserand quien elaboró una amplia cobertura para el principio según el cual "cada derecho tiene su razón de ser y no pueden los particulares cambiarla a su antojo en otra diferente"[108].

La tesis propuesta se ha expandido a otras disciplinas llegando al proceso donde se afinca y apoya en el principio de moralidad. De este modo, la regla general que pretende evitar el ejercicio abusivo del derecho, se consagra en los procedimientos y busca particularidades que lo definan.

En el proceso civil, la teoría del abuso del derecho encuentra distintas manifestaciones, algunas de ellas de fuerte contenido crítico (en la medida que, a veces, se contrapone con el ejercicio legítimo del derecho de defensa), y otras, donde resulta necesario establecer un perfil singular en miras, justamente, de articular un mecanismo que evite dispendios de tiempo o actitudes caprichosas y poco meditadas.

Por eso, también, la doctrina del abuso instala un problema de resolución sociológica, en orden a pretender establecer una función social del proceso, donde las técnicas sean apropiadas con los fines; sin tolerar acciones conscientes y voluntarias que persigan la dilación procesal o el agotamiento de todos los recursos disponibles cuando, a sabiendas, estos son inútiles.

La cuestión no es de fácil encuadre porque en el derecho privado para que exista abuso de derecho es preciso encontrar la intención maliciosa, y a veces, la producción del daño; en cam-

108. Josserand, Louis, *El espíritu de los derechos y su relatividad*, traducción de Eligio Sánchez Larios, José M. Cajica (h.), México, 1946, p. 61.

bio, en el derecho procesal, hay principios propios, vertebrados en el deber de lealtad y probidad, o en el principio de moralidad; y algunos más lo propician como un nuevo principio aplicable al proceso, con características propias e independientes del principio de buena fe procesal[109].

En nuestra opinión, la teoría elaborada en torno al abuso del derecho se ha imbricado dentro de la teoría general, de modo que su influencia se extiende a todas las ramas de un ordenamiento jurídico, sea derecho civil, comercial, administrativo, procesal, etc.

El hecho de trastrocar la buena fe, entendida como regla moral del proceso, no le otorga singularidad pues sus principios son generales y lo que interesa advertir son sus consecuencias[110].

Por ello el problema no apunta al proceso en sí mismo sino al curso de actos procesales regulares, válidos y eficaces que conformen el debido proceso y cuya virtualidad se pretende alterar

109. Se sostiene que es un principio procesal y tiene implicancias diferentes a la responsabilidad civil. Por tanto el abuso de las vías procesales debe encontrar un fundamento especial y diferente de la responsabilidad civil, entendiendo que la primera es una responsabilidad subjetiva cuyo fundamento lo encuentra en la violación del principio que impone la obligación de actuar con lealtad y probidad en el proceso, y que antes se encontraba como principio general implícitamente establecido en el código civil. La responsabilidad de los daños procesales, a diferencia de la que impone el pago de las costas y que es una consecuencia objetiva de la pérdida del pleito, tiene que tener un fundamento subjetivo y basarse en la violación de una obligación o de un precepto, pues no podrá sostenerse que la simple acción en justicia que constituye un derecho subjetivo, puede acarrear una responsabilidad (cfr. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *La conducta en el proceso*, Platense, La Plata, 1988; también *Temeridad y malicia en el proceso,* Rubinzal Culzoni, Buenos Aires /Santa Fe, 2002, pp. 177 y ss.).

110. Otros han dicho que la doctrina funcional que se propicia desde la tesis de Josserand, puede identificarse con particularidades propias como abuso en las vías procesales. De conformidad con este criterio, un acto es abusivo independientemente de toda intencionalidad dolosa o culpable cuando se desvía del fin que le asigna el ordenamiento al derecho ejercido (cfr. *Abuso procesal*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2001, p. 456).

con el uso abusivo que de ellos se hace. Abuso que consiste en utilizar una facultad procesal con un destino distinto al previsto constitucionalmente.

De manera, entonces, que si puede interpretarse autónomamente el principio general del abuso del derecho, su aplicación en el proceso no variará como principio, pero derivará el foco de atención hacia los efectos que produce.

El abuso de por sí, significa elevarse a un propósito desmedido, exceso éste que puede ser culpable o doloso o simplemente actuado con imprudencia, de manera que la actitud subjetiva del autor ha de constituir una de las notas singulares para definir el instituto, adunada con la elección del medio para llevarlo a cabo[111].

No se trata de relevar si el desatino se castiga de acuerdo con el exceso, es decir, si fue imprudencia la pena será leve; si hay culpa aumentará y si fuera el caso de dolo habrá responsabilidad plena y una dimensión mayor en la sanción.

En realidad, el abuso es de consideración subjetiva, sin que interese la intención de perjudicar o de provocar un acto ilícito. Solamente hay que observar el acto dispuesto y la conducta manifestada. En el primer caso se analizará el comportamiento puntual, mientras que en el segundo la valoración se realiza sobre el llamado "comportamiento sistemático".

111. Sostiene Gelsi Bidart que no es sólo el fin perseguido lo que importa, aunque esto siga teniendo importancia fundamental y aunque, generalmente, en el abuso, suele haber otra finalidad, también procurada incluso aparentemente como principal y, por tanto, desplazado en cierto modo el fin fundamental establecido por la ley. En rigor no puede prescindirse del fin cuando se habla del medio: aquél funciona como causa final de éste; no se realiza el medio sino en vista de la finalidad que con él se persigue (y, a veces, se consigue: resultado) (cfr. Gelsi Bidart, Adolfo, *Abuso del proceso,* ponencia presentada en el XI Congreso Nacional de Derecho Procesal, La Plata, 1981).

No obstante, otros piensan que […]

> "hay abuso del proceso cuando en un proceso civil se ejercita objetivamente, de manera excesiva, injusta, impropia o indebida poderes-deberes funcionales, atribuciones, derechos y facultades por parte de alguno o algunos de los sujetos procesales, principales o eventuales, desviándose del fin asignado al acto o actuación ocasionando un perjuicio innecesario (daño procesal computable)"[112].

En síntesis: si observamos atentamente la dirección del principio aplicado en el proceso, advertiremos que el abuso presenta dos facetas:

a) La actuación negligente, culpable o dolosa que lleva una intención subjetiva (*animus nocendi*). Esta es una manifestación del *abuso en el proceso*;
b) La elección del proceso como medio de actuar dicha actitud, de manera que se pretende desviar el fin normal de la jurisdicción. Constituyendo así una forma de *abuso con el proceso*.

112. Así lo propone Mariela Álvarez, quien diferencia asimismo al abuso procesal de los principios de moralidad y abuso del derecho. En efecto -agrega, el abuso del proceso hace expresa referencia al ejercicio de los derechos, en la especia, procesales, derechos que no son absolutos, y cuyo ejercicio no puede ser excesivo, irrestricto o injusto en perjuicio de nadie, ni puede contrariar los fines para los cuales fueron concebidos. Violado que fuera el principio de moralidad, el juzgador, al efectuar el análisis de la conducta procesal maliciosa, impondrá sanciones que se plasmarán en la sentencia. En cuanto al abuso del proceso, la sanción del acto abusivo es diferente y va desde la anulación del acto, privándolo de sus efectos normales, hasta la condena en costas aun a quien, en ejercicio de un derecho legítimo, hubiera promovido el litigio agravando innecesariamente sus consecuencias. Consecuentemente, abuso del proceso y principio de moralidad son dos cosas distintas (Cfr. Álvarez, Mariela, *Abuso procesal*, en "Abuso Procesal", cit., p. 234).

En el primer aspecto, la atribución de responsabilidad es *subjetiva*; en el siguiente, en cambio, es *objetiva*.

Una vez que se reconocen los perfiles que distinguen al instituto del abuso del derecho aplicado en el derecho procesal, es preciso advertir el contexto donde habrán de aplicarse esos fundamentos.

En efecto, si el punto de arranque se instala en la conducta inapropiada de la parte que, a sabiendas del derecho que acredita lo utiliza con un fin diferente al previsto por la norma, la cuestión se debate en un problema de casuística, donde la clasificación deviene necesaria para reconocer algunos de estos problemas de supuesta inmoralidad.

En cambio, si la mala utilización de las técnicas jurídicas o de los procedimientos se verbaliza con el *abuso del proceso* o *en el proceso*, la cuestión debe considerar la idoneidad profesional.

Capítulo VII

El deber de decir verdad

1. La verdad en el proceso

Dijo Genuzio Bentini:

> "La verdad, la legítima, jamás es aquella que se conoce […]. Me he convencido de que la verdad no entra en la Sala del tribunal ni tampoco en pleito célebre alguno. Ella se ha quedado siempre en las escaleras o en la calle".
> La introducción que luce en el libro de Luigi Battistelli sobre "*La mentira ante los Tribunales*", es elocuente y marca la desventura y desilusión de quien lo expresa; si bien es cierto que en la obra se explican las penurias psicológicas y circunstanciales que llevan a mentir como argumento exculpatorio, antes que desarrollar los hechos que las partes proponen en sus escritos postulatorios.

La cuestión de la verdad en el proceso tiene larga tradición en las tribunas de la polémica, que orientada únicamente en los límites del debido proceso, procura resolver si es ésta una finalidad o apenas un medio que intercede en la justificación de las sentencias judiciales.

Cuando se afirma lo primero, y se confronta el lugar y el material de trabajo, comienzan a mostrarse las dificultades para alcanzar el objetivo.

Las alegaciones son la única fuente para conocer los sucesos; no se pueden incorporar otros hechos que no sean los afirmados por las partes; tampoco se pueden llevar a demostración las cuestiones que no son objeto de prueba, como los acontecimientos reconocidos, admitidos, los que gozan de una presunción, o son notorios, etc. etc. Es decir, los hechos objeto de la prueba se relacionan solamente con las afirmaciones efectuadas en los escritos de demanda y contestación.

Por otra parte, si el demandado se allana al proceso, o el actor desiste del mismo, no hay nada que probar, y se dictará sentencia resolviendo el caso sin necesidad de saber qué pasó, ni por qué sucedió que se motivara la puesta en marcha del aparato jurisdiccional.

Además, la prueba tiene límites de espacio y de tiempo. La actividad principal se cumple y desarrolla en el expediente y ante los estrados del Tribunal; y en un plazo breve y acotado por los principios de concentración y celeridad.

Con esta argamasa se tendrá que modelar una verdad, posiblemente relativa o difusa, la que ha llevado a la ciencia tradicional a dividir entre una verdad jurídica o formal y una verdad auténtica o real.

La primera sería la que se obtiene y consigue para el proceso; la restante es la que luce en el mundo de los fenómenos reales[113].

113. Dice Taruffo que hay por lo menos dos tipos de razones por las que el concepto de verdad de los hechos en el proceso es altamente problemático y produce relevantes complicaciones e incertidumbres en el plano de la definición del papel de la prueba en el proceso. El primer tipo de razones hace referencia a la relación que se establece entre la idea de una verdad "judicial" o "procesal" especial, y la idea o las ideas que se tienen fuera del proceso. Esencialmente se trata de saber si hay identidad o analogía entre estas concepciones de la verdad o bien si la verdad en el proceso es realmente particular o especial y, en tal caso, cuáles son las razones de ello y las formas en que aquélla es particular o especial. La cuestión se complica ulteriormente por el hecho de que no es fácil en absoluto establecer qué se entiende por "verdad judicial" y menos aún establecer qué se entiende por "verdad" *tout court* (Taruffo, Michele, *La prueba de los hechos*, Trotta, Madrid, 2002, pos. 134 y ss.).

Con esta explicación se quedan quienes afirman que la verdad en el proceso no es lo importante, porque en definitiva, si la controversia supone una lucha entre pasiones encontradas, la función del juez será pacificar esos ánimos en diferencia, o bien, resolver el conflicto entre ambos aplicando el derecho sobre las declaraciones de los hechos.

En definitiva, la sentencia es la máxima expresión de la voluntad del Estado a través de sus Jueces, y el convencimiento sobre la justicia del caso trasciende la verdad encontrada[114].

2. Verdad real y verdad formal

A veces, la diferencia trazada entre los tipos de verdades, se reforzó mostrando las realidades del proceso penal, donde era evidente la necesidad de encontrar la verdad sobre la ocurrencia de los hechos, porque el juez debía estar íntimamente convencido para condenar al procesado; mientras que el proceso civil se conformaba con una verdad más liviana, menos exigente, en la que bastaba persuadir sobre la fundamentación de los hechos y la certidumbre que de ellos surgía. Antes que una cuestión de verdades se trataba se solucionar con verosimilitudes[115].

114. Sostiene Carnelutti, firme defensor de ésta teoría, que en cuanto a la posición de la situación de hecho, el juez en lugar de tener que ajustarse estrictamente a la realidad, ha de acomodarse a las "afirmaciones de las partes". La afirmación de un hecho es la posición de éste como presupuesto de la demanda dirigida al juez. Cuando el acto cuya realización se pida al juez presuponga la existencia de determinado hecho, la petición del propio acto implica la afirmación del mismo: afirmación, se entiende, de su existencia material…Se trata en definitiva, de una búsqueda de la verdad en el caso particular, bajo las reglas que el propio proceso le impone (prueba legal) (Carnelutti, Francesco, *La prueba civil*, Depalma, Buenos Aires, 1979, p. 134).

115. Calamandrei fue un acérrimo sostenedor de esta idea según la cual se tiene por verdadero aquello que tiene apariencia de serlo, y que probablemente haya suce-

En la primera, la verdad sería una realidad a probar; en la otra, la verdad actuaba como simple convencimiento o persuasión. En uno, es un principio, en el otro, apenas un argumento.

La distinción no es útil en la doctrina actual del debido proceso, porque estas ambivalencias trabajan sobre la resignación y no sobre el "derecho a la verdad", que es la proyección más novedosa del derecho constitucional –o fundamental- a la prueba[116].

Por otra parte, el objetivo de encontrar la verdad difiere cuando se considera con relación al proceso donde se requiere; no tiene igual entidad ni significado buscarla en los procesos inquisitivos, respecto a los sociales o netamente privados. Por eso, la naturaleza del entuerto condiciona el fin probatorio[117].

dido, mientras la actividad desenvuelta por las partes consigan demostrar tales hipótesis (*Instituciones de Derecho Procesal Civil*, tomo III, Ejea, Buenos Aires, 1986, pp. 347 y ss.).

116. La distinción entre verdad formal y verdad material –agrega Taruffo– es inaceptable por varias razones que la doctrina menos superficial ha puesto en evidencia desde hace tiempo. En especial, parece insostenible la idea de una verdad judicial que sea completamente distinta y autónoma de la verdad *tout court* por el solo hecho de que es determinada en el proceso y por medio de las pruebas; la existencia de reglas jurídicas y de límites de distinta naturaleza sirve, como máximo, para excluir la posibilidad de obtener verdades absolutas, pero no es suficiente para diferenciar totalmente la verdad que se establece en el proceso de aquella de la que se habla fuera del mismo. Por otra parte, precisamente la tendencia a reducir la regulación jurídica de la prueba y, en especial, a eliminarla respecto de la valoración que termina directamente con la determinación de los hechos, implica claramente la imposibilidad de individualizar una verdad procesal distinta e independiente de la verdad extraprocesal (Taruffo, ob. cit., p. 136).

117. Sutil, pero muy precisa, es la distinción que propone Falcón, para quien la prueba debe definir sus objetivos de acuerdo con distintas consideraciones. Hay un *objetivo general* que persigue afianzar la justicia y tener a ésta como un valor absoluto. Aquí la verdad es una meta. Existen, también, *objetivos más abstractos*, que se pueden fraccionar en *realizables*, por ejemplo, sostener que el fin de la prueba es establecer un grado de convicción suficiente para juzgar; *operativos*, o solución específica que esperamos que la sentencia exprese sobre la base de las pruebas producidas. De este encuadre surge, conforme el autor, distintas fases en la búsqueda de la verdad: una puede suceder con la *verosimilitud,* propia de las medidas

Desde otra perspectiva, la *verdad material* se puede reflejar como uno de los objetivos esenciales de cualquier proceso, porque la determinación de los hechos debe ser real, al ser jurídicamente intolerable que se debata un proceso entre ficciones. Mientras que la *verdad formal* reducida a los hechos probados en la causa, sostiene una justificación de la sentencia que solamente se apoya en la convicción adquirida por la habilidad o la persuasión lograda con los medios y la actividad probatoria.

Para compulsar el valor de este dualismo de la verdad, cabe reflexionar que la ciencia jurídica como tal, es precisamente el conocimiento creado con la investigación. Un proceso recrea el aspecto cognoscitivo de la ciencia, por eso, la verdad no puede resultar un sofisma, y menos aún convalidar que sea un esfuerzo estéril.

El proceso tiene que encontrar la verdad, no "su verdad", simplemente porque la actividad probatoria no consagra supersticiones, ni bendice ideologías. Como todo trabajo intelectual persigue la exactitud, en eso difiere de las artes, en razón que a éstas no les importa la fidelidad con la realidad.

3. La prueba como fijación de los hechos

El volumen de la verdad es demasiado grande para ubicarlo entre los objetivos de un litigio, tradicionalmente centrado a una lucha entre pretensiones, egoísta en sus exposiciones, acotado en sus posibilidades, y demasiado volátil a sostener la realidad sin que cada parte quiera darle un color preferente.

Además, como la verdad no puede ser un "objeto" al ser antes que ello, una "cualidad", los hechos que se afirman, y las

cautelares; sigue con la *certeza* que normalmente da lugar a la sentencia; y está la fase de la *evidencia* que aparece, claramente, para fundamentar soluciones sin necesidad de usar medios probatorios (Falcón, Enrique Manuel, *Tratado de la prueba*, tomo I, Buenos Aires, 2003, p. 235).

negaciones que se proponen, trabajan justamente en esa dimensión de lo versátil.

Cuando se afirma que la verdad no es posible se justifica diciendo que al juez se le proporcionan *juicios verdaderos*, esto es, que concuerden con la realidad.

Ese conocimiento de la realidad es lo que Carnelutti define como "fijación de los hechos"[118].

Con esta tendencia se concreta la idea de una sola versión para la verdad. Carnelutti elimina el mito de la verdad formal, para centrarla en los hechos que con la prueba se determinan. No se refiere al tipo de circunstancias que deben probarse, ni a la apreciación que sobre ellas se ha de realizar, porque estas cuestiones dependen del sistema legal imperante. Con esta regla, el objeto de la prueba persigue la seguridad de encontrar en los relatos y afirmaciones una verdad única que permita llegar a la sentencia componiendo la litis con justicia y razón.

Es evidente que la línea doctrinaria apunta a confirmar que el "juez debe fallar según lo alegado y probado por las partes", y conforme a ello, a la prueba no le interesa demostrar la verdad de los hechos controvertidos sino "determinar o fijar formalmente los hechos mediante determinados procedimientos".

118. En el lenguaje común –dice Carnelutti–, *prueba* se usa como *comprobación de la verdad de una proposición*; solo se habla de prueba a propósito de alguna cosa que ha sido afirmada y cuya exactitud se trata de comprobar; no pertenece a la prueba el procedimiento mediante el cual se descubre una verdad no afirmada sino, por el contrario, aquel mediante el cual se demuestra o se halla una verdad afirmada […] En rigor, pues, la *prueba* debe diferenciarse del *procedimiento empleado* para la verificación de la proposición (afirmada) […] En este sentido, justo es reconocer que el objeto de la prueba no son los hechos sino las afirmaciones, las cuales no se conocen pero se comprueban, mientras que aquellos no se comprueban, sino que se conocen…Por eso, hay una obligación primera para el juez: la *obligación de no poner en la sentencia hechos discutidos que no hayan sido fijados mediante alguno de los procesos queridos por la ley* (*Sistema de derecho procesal civil*, cit., p. 234).

Localizada esta función en la dinámica de un proceso cualquiera, surge rápidamente una conclusión irritante. La fijación de los hechos supondría tanto como afirmar que la verdad del proceso sería aquella que el juez establece y que luego constituye con la sentencia[119].

De manera que la diferencia entre los sistemas de adquisición probatoria puede cambiar las reglas para la determinación de los hechos, alterando inmediatamente el curso racional de la verdad que se pretende encontrar. La prueba sería el medio para verificar una verdad transformada por la propia inestabilidad de las reglas jurídicas.

En la actualidad, y a pesar de las críticas que Carnelutti recibió, son muchos los autores que basan el objeto de la prueba en la determinación de los hechos. Una de las obras de Montero Aroca afirma que la actividad probatoria no es investigadora, sino verificadora de las afirmaciones de hecho de las partes, confiándose a éstas la determinación de los elementos que deben utilizarse dentro de los previstos legalmente. Esa determinación es una carga, pero también es un derecho de las partes. La posición se integra al sostener que, la prueba como actividad procesal, tiende a alcanzar la certeza del juzgador respecto de los datos aportados por las partes, certeza que en unos casos se derivará del convencimiento razonado del mismo juez y en otros de las normas legales que fijarán los hechos.

119. Con agudeza había observado Sentís Melendo que la denominada *prueba legal* puede ser una institución distinta, pero nunca afirmar que sea ella *probatoria* propiamente dicho. Si el juez ha de dar a un elemento del proceso, aunque aparezca como probatorio, un valor fijo, determinado, indiscutible, estaremos ante un fenómeno de construcción de la sentencia, de elaboración de la premisa menor del silogismo, pero no estaremos ante un fenómeno probatorio; podrá ser un *sucedáneo de prueba*, pero jamás una prueba; y si el juez puede contemplar los elementos probatorios sin sujeción a ninguna regla de lógica, entonces tampoco estaremos ante un fenómeno de valoración, sino de prescindencia de ella (Sentís Melendo, Santiago, *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*, Ejea, Buenos Aires, 1990, p. 177 y ss.).

4. La prueba como actividad destinada a la certidumbre judicial

Esta teoría no se detiene en saber si la verdad es o no un fin del proceso, porque se preocupa más en resolver la seguridad en el tramo final de la actividad probatoria. Se habla aquí de la importancia de "convencer probando", o de persuadir sobre la verdad de las afirmaciones (*confirmación*, en sentido lato). La finalidad de las partes sería, únicamente, lograr la convicción del juez[120].

La doctrina se puede dividir en dos direcciones: un camino indica que al juez se lo debe persuadir para que se convenza con la prueba arrimada; y otro, se conforma con alcanzar certeza suficiente en el ánimo del juzgador.

De todos modos ambos senderos van unidos, porque se encuentran al tiempo de la valoración. La sentencia que se obtenga

120. Jaime Guasp, inspirador –entre otros– de este tendencia, sostiene que la consideración de la prueba como aquel conjunto de operaciones que tratan de obtener la convicción psicológica del juzgador respecto a un dato procesal determinado, no solamente proporciona una primera idea general sobre el concepto de prueba, sino que permite que nos adentremos con paso relativamente firme en el problema de la naturaleza jurídica de esta institución (Guasp, Jaime, *Estudios jurídicos*, edición al cuidado de Pedro Aragoneses, Cívitas, Madrid, 1996, p. 389).
Furno, criticando a Carnelutti, había dicho que si el Estado no tiene interés en que se planteen los juicios, y menos aún que la pacificación del conflicto se consiga a través del proceso, porque el interés superior está en que la desavenencia se elimine de modo y conforme al derecho, el Estado (y por el Estado, sus órganos), cuando la controversia se lleve ante la autoridad judicial, no tiene por qué conocer de la situación preprocesal de hecho sino en la parte que sea indispensable y suficiente para los fines de la decisión definitiva de fondo. Entra, pues, en juego un criterio elemental de economía, de aplicación universal: el principio del mínimo medio. Ahora bien, en la economía procesal, el medio está representado por la certidumbre histórica. El juez necesita solamente la *cantidad suficiente* de certidumbre histórica que le permita descubrir la voluntad legal concreta aplicable al caso litigioso. Este concepto puede expresarse sintéticamente con la fórmula: *verdad suficiente* (Furno, Carlo, *Teoría de la prueba legal*, traducción de Sergio González Collado, Obregón y Heredia, México, 1983, p. 46 y ss.).

determinará los derechos de las partes después de haber logrado suficiente convicción sobre ellos. Certeza sería igual a convicción.

La verdad queda relegada porque en la dinámica del proceso aparece como más trascendente la argumentación desarrollada, donde la versión de los hechos tiene como fin, persuadir al magistrado de las razones que se invocan y defienden. Es una cuestión retórica que, como dice Taruffo, agota completamente el campo del razonamiento jurídico.

En los hechos, la sentencia se convierte en una justificación de la verdad encontrada, aunque ésta no sea cierta; pero como ha logrado inclinar la balanza de la justicia hacia un lado, es suficiente para garantir la finalidad del proceso, y afianzar la seguridad jurídica[121].

Adoptar esta teoría como útil a los fines de resolver la actividad probatoria amoldada a las reglas actuales del debido proceso, es por demás riesgoso.

Es cierto que las versiones deben relatar desde una perspectiva propia los hechos tal como sucedieron. Se puede ocultar lo desfavorable, pero no se puede cambiar la circunstancia para

121. En un contexto metodológico de este tipo –dice Taruffo-, que parte de una exasperada extensión aplicada al proceso, el problema del juicio de hecho en el proceso asume una formulación peculiar. El elemento más importante está representado por las narraciones (*stories*) de los hechos del caso que los abogados presentan al juez. Estas narraciones son las referidas a las formas, es decir, a la claridad, la coherencia, la completud, la concordancia con el sentido común. Esto se explica en la medida en que la finalidad de estas *stories* es la de persuadir al juez: en efecto, tiene razón el abogado que persuade al juez para que adopte su *story* como fundamento de la decisión. Por ello, los aspectos más relevantes del proceso son los referidos a las tácticas persuasivas con las que los defensores intentan atraer hacia sus posiciones la decisión final del juez influenciando o condicionando su adhesión a una u otra *story* (ob. cit., p. 166). La razón por la que el problema de la verdad de los hechos resulta irrelevante en un contexto como éste es muy clara y se remonta a la característica peculiar de la retórica como arte de la persuasión.

darle un significado apropiado a la pretensión propuesta. Con esta mirada, la versión traduce una parte de la verdad: aquella que conviene exponer.

Pero no se pueden eludir otros inconvenientes: uno es el *lenguaje jurídico*, que determina significados confusos al sentimiento y percepción del hombre común. Hay una dimensión del discurso que pone en la narración adaptaciones lingüistas propias del mundo jurídico (v.gr.: la exposición de una demanda afirma hechos que pueden ser negados, produciendo una confusión entre la realidad y sus efectos. Si afirmo que conducía atento al tránsito y no obstante se produce una colisión entre automotores; el relato de quien sostenga la atención, podrá diferir respecto del que diga o sostenga la culpa, a pesar de referirse ambos al mismo hecho).

El segundo problema está en que *los medios* para llevar al juez a que adopte una línea argumental, padece de las propias limitaciones del sistema, de manera que una sentencia puede sostener que no logró la convicción necesaria y rechazar la pretensión por falta de prueba; o aducir que los hechos probados no son esenciales ni trascendentes para persuadirlo sobre la verdad de lo afirmado; o bien, aceptar una versión y darla como probada sobre la base de ficciones procesales como la rebeldía, la convalidación de actos irregulares, la admisión tácita de traslados no contestados, etc. En suma, el realismo del proceso se difumina totalmente y hasta se podría sostener sin equívocos que, con esta línea, se consagra la imposibilidad de lograr del proceso conocimientos verdaderos[122].

122. Ferrer Beltrán dice que puede ocurrir que una proposición sobre un hecho relevante para una causa judicial disponga en el proceso de elementos de juicio suficientes a su favor y que, en cambio, sea falsa. Por supuesto, también puede suceder que la misma proposición sea verdadera. Y, por otro lado, puede ocurrir que una proposición verdadera sobre un hecho relevante para una causa judicial no disponga de elementos de juicio suficientes a su favor o bien que sí disponga de ellos (Ferrer Beltrán, Jordi, *Prueba y verdad en el derecho,* Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2002, p. 163).

El tercer obstáculo se encuentra en las proyecciones de la *prueba legal*, en el sentido de producir razonamientos impuestos por aplicación de presunciones legales o judiciales que tiene suficiente fuerza prescriptiva para determinar una consecuencia de derecho (v.gr.: no se puede discutir sobre la paternidad del hijo habido en el matrimonio).

No obstante, no todo es desechable, porque la teoría sirve para dejar centrado que el objeto de la prueba son los hechos afirmados por las partes que resultando controvertidos en sus versiones, necesitan encontrar la verdad para aplicar a ella los efectos jurídicos correspondientes.

En este territorio, la relación entre prueba y verdad se confunde con el resultado. Mientras que, en la consideración de las reglas a establecer en la etapa probatoria, la verdad que nos interesa encontrar se posiciona como actividad oportuna de las partes y, ocasionalmente, del juez.

Por eso, el método de debate no se discute, pero queda latente hasta donde las partes están compelidas a decir la verdad en sus narrativas, punto que veremos más adelante.

En síntesis, si fuera posible recapitular cada tendencia, se podrán encontrar utilidades en ellas como despojos inmediatos. Es evidente que en todas persiste la confusión sobre el destino de la verdad; unos entienden que no tiene sentido buscarla cuando el proceso trabaja sobre versiones que, por la sistemática, se han de confirmar o descartar. Otros, aun afirmando la necesidad de laborar con verdades como un fin tuitivo de la justicia, aceptan que ella tiene explicaciones poco científicas, para culminar en sentencias que se justifican por la certidumbre alcanzada[123].

123. Debe observarse –dice Taruffo– que la verdad de los hechos puede considerarse como una condición necesaria de justicia bajo cualquier definición jurídica de la justicia de la decisión. Además, no es siquiera incompatible con la teoría según la

Si nosotros pretendemos marcar hipótesis que orienten reglas en la etapa probatoria, solamente podremos referirnos a la actividad de las partes y a la función judicial, porque el problema de los medios se traza únicamente respecto a la disponibilidad (al no poder aplicarse las pruebas ilegítimamente adquiridas; o las viciadas por cuestiones conexas; etc.), y el aspecto de la valoración concilia mejor con el capítulo de la fundamentación de las resoluciones judiciales.

De este modo, determinar si la verdad es un objetivo parece ineludible porque de ello dependen las reglas y principios a bosquejar para el debido proceso. Con distinto enfoque se podrá afirmar que, siendo el proceso en sí mismo un conjunto de reglas que disponen un método para el debate; como juego que es tiene fórmulas que parten de ser conocidas y aceptadas por las partes, de manera que cambiarlas por fines puristas, puede resultar un contrasentido y hasta inconstitucional por naturaleza.

Sin embargo, no es ésta última nuestra opinión.

Vamos a reconocer que el planteo dialéctico se presenta sinuoso al tolerar que los hechos se presenten como versiones adaptadas de la realidad vertida; también podemos admitir que hay principios inocultables que sostienen tradicionalmente la legalidad del sistema (aporte de los hechos por las partes; congruencia del juez con ellos al tiempo de valorar y pronunciar sentencia; imparcialidad del juzgador; control de la prueba por ambas partes; etc.); del mismo modo, se asiente que la persecución de la verdad absoluta tiene límites mensurados con principios propios de la llamada prueba legal (v.gr.: las presunciones *juris et de jure*; imposibilidad de practicar ciertas pruebas en determinados procesos; etc.); y también se consiente que, a veces, la actividad probatoria tiene plenas dificultades para asumir iguales condiciones generales: por ejemplo, en el proceso penal es el fiscal quien debe investigar y probar porque el procesado tiene un argumento de resistencia suficiente con la presunción de inocencia; mientras que en los procesos sociales (v.gr.: cuestiones de estado, familia, laborales, etc.) podría comulgarse con la idea fuerza de un deber de colaboración de todos los operadores jurídicos en lograr la resolución justa sobre la base de hechos probados que sean auténtico reflejo de lo ocurrido en el conflicto.

En fin, entre tantas situaciones no se descarta también la influencia de la conducta de las partes, que con sus propias actitudes pueden eludir que sea la verdad un fin del proceso. Simplemente con admitir o reconocer un hecho afirmado por la contraria, se evita la prueba, y se aplica un justificativo para la apreciación (darle un precio a ese acto voluntario) que tendrá en la sentencia[124].

Superadas estas consignas sostenidas por paradigmas afianzados y sin rebatir, pareciera que luce cierta hipocresía en la lucha por conseguir la verdad, pero sin poner esfuerzo en la técnica para alcanzarla. "*Quiero que el juez haga justicia y determine la verdad de los hechos, siempre y cuando no hostigue con su pretensión las reglas inalterables del discurso y el método*".

cual el proceso sirve únicamente para resolver conflictos: si no se acepta como válida cualquier solución del conflicto, y se piensa, en cambio, que debe ser resuelto sobre la base de algún criterio de justicia, entonces se presenta de nuevo la necesidad de reconocer que la determinación verdadera de los hechos es necesaria de cualquier solución justa de un conflicto. Desde este punto de vista se puede decir que el principio de verdad de los hechos no identifica una ideología específica del proceso y, en cambio, representa una suerte de dato constante que resurge en todas las ideologías que conciben algún tipo de decisión justa como finalidad del proceso (ob. cit., p. 199).

124. En el fondo del planteo no deja de ser cierta la advertencia que formula Ferrer Beltrán, cuando dice que la distinción entre "ser verdadero" y "ser tenido por verdadero", permite dar cuenta de los problemas que llevaron a la distinción entre verdad material y verdad formal, sin presentar los inconvenientes que suscita esta última y, especialmente, sin multiplicar las nociones de verdad. Además, se pone el acento en que no se trata de que "existan" distintas verdades, sino más bien de la diferencia entre la verdad de una proposición, que no es dependiente de ningún sujeto que la exprese, y la actitud mental de un sujeto, en este caso, el juez respecto de la verdad de la proposición.

Ahora bien, ¿cómo imponer la verdad si el proceso comienza con retaceos provocados por la disponibilidad de los hechos? ¿Por qué sostener que solamente algunos hechos deben probarse, si se pretende saber todo lo ocurrido, para poder dictar sobre ello una sentencia justa? ¿Por qué establecer que el esfuerzo probatorio depende solo de quien afirma, cuando el debate necesita de coincidencias?

Para todo ello es necesario encontrar respuestas previas a dos consignas:

1) ¿Existe un deber de decir verdad en el proceso?
2) Si existe, ¿cuáles son los hechos que se deben probar? Para saber en definitiva, cuál es la actividad que disponen partes y jueces, aplicando para el objetivo, principios y reglas que delimitan un nuevo sentido y encuadre al debido proceso.

5. La verdad retórica

Verdadero punto nervioso constituye la veracidad en el proceso dado que, si es deber de las partes obrar con la verdad en cada postura o afirmación procesal, solamente ese proceder significaría actuar de buena fe; a *contrario sensu*, todo ocultamiento o toda mendacidad importaría una afrenta al principio de la conducta recta y honesta, y con ello, una violación al principio de moralidad[125].

El nudo de la cuestión se concentra en este sencillo interrogante: ¿existe el deber de decir verdad en el proceso? A partir

125. Según Furno, las cuestiones principales de este tema son dos: la primera se refiere a la "verdad"; la segunda al "deber". Decir la verdad. Bien. Pero ¿qué verdad?. Establecer un deber. Bien. Pero ¿qué deber? Ambas cuestiones se han presentado en la mente de numerosos escritores, y la rica literatura que sobre el tema se ha formado, rápida y recientemente, ofrece tal cosecha de observaciones que produce múltiples facetas (Furno, ob. cit., p. 166).

de las respuestas que se obtengan, fácilmente se entenderá que éste es un tema que no admite posiciones intermedias porque tampoco hay verdades a medias o mentiras parciales.

Toda la problemática relaciona tantos frentes de ataque como inquietudes le merezcan al estudioso. Precisamente, como la verdad se une a la moral en un parentesco próximo, el deber de veracidad se puede atender como una aspecto de la política procesal, de filosofía jurídica, de derecho y deberes procesales, etc.

Procuraremos alcanzar algunas conclusiones de aplicación estrictamente procesal, adelantando desde ya que, a nuestro entender, el deber de veracidad está atrapado en el principio de moralidad y desplazado como punto de encuentro para generar consecuencias imputables, toda vez que, desde la publicización del proceso y la desnaturalización del instituto del perjurio, ha perdido interés su consideración para atender ahora, concretamente, a la conducta cumplida en el proceso.

Casi todos los ordenamientos procesales que reglaron el principio de certeza (como veracidad) bajo un aspecto punitivo, se encontraron con que, a partir del advenimiento de una nueva perspectiva en el derecho procesal, que desplazaba el centro de gravitación de las partes hacia el juez se modificaba seriamente la función de éste si se le conservaban los principios represivos.

Si ahora el juez era director, instructor y efectivo enlace de justicia con la realidad, aquellos desvíos operados en el devenir procedimental sólo podrían desarrollarse actuando temeraria o maliciosamente, es decir, obrando con artería, dolo, artificio, engaño, etc. En síntesis: *el problema estaba en la mentira y no en el deber de veracidad.*

Sin embargo, los códigos no variaron su cuadro de situación. Advirtieron el problema, pero temieron que, de no subsa-

narse expresamente la obligación de conducirse con verdad, y de reprimir su ocultación, tácitamente receptarían la mentira en el pleito.

Nada más errado; y ello así lo sintió el codificador italiano de 1940, que sabiamente deslindó los aspectos lógicos de la obligación de sus connotaciones prácticas[126].

126. Al respecto decía Carnelutti: "La moderna concepción del proceso civil elimina todo obstáculo contra el reconocimiento de la obligación: puesto que el proceso se sigue en interés público y por esto tiende a un resultado de justicia; por lo que la parte sirve al proceso y no el proceso a la parte, no existe la más remota razón para sustraer la acción de la parte a aquellos preceptos que el interés público reclama; el llamado principio dispositivo es una directriz de conveniencia y nada más, de manera que, según la conveniencia, puede ser limitado; la parte no se contrapone en absoluto al testigo en el sentido de no ser también ella un instrumento del proceso, por lo que en principio no hay razón alguna para que se pueda imponer al testigo, y no a la parte, la obligación de decir verdad. En cambio, desde el punto de vista de la conveniencia, la cuestión es muy delicada; en efecto, si es verdad que también la parte, lo mismo que el testigo, es un instrumento del proceso, es, sin embargo, un instrumento que opera de un modo enteramente diverso; las ventajas que el proceso obtiene de ellas dependen, sobre todo, de su iniciativa y, por lo tanto, de su libertad; cualquier límite señalado a ésta compromete su rendimiento; además, la acción de la parte se desarrolla por medio de la contradicción, que es una forma de lucha, no se puede, sino de un modo relativo, desterrar la fuerza y la astucia; en suma, cuanto más se atan las manos a las partes, tanto más, junto con el peligro del engaño o de la mentira, se desvanece también el beneficio de su acción. Esto quiere decir que la solución del problema debe ser una solución de proporción…".
"El derecho positivo italiano adopta una solución de este tipo siguiendo una directriz general que se manifiesta aun fuera de los límites del proceso; tal directriz se funda en la distinción entre engaño y mentira, a la que se adapta ya el derecho contractual. El engaño es mentira agravada por la realización de actos encaminados a determinar su credibilidad y, por lo tanto, a crear las pruebas idóneas para hacer admitir su verdad; lo que los romanos, a propósito del dolo, llamaban la "*machinatio*" y, los franceses, a propósito de la estafa, la "*mise en scène*"
Ideas que reitera en su famoso estudio *"Contra el proceso fraudulento*", donde destacó que "bajo este aspecto, para el buen fin del proceso es necesaria la igualdad de las partes, incluso desde el punto de vista de la fuerza o de la bellaquería; de ahí que a veces a un litigante galeote, en interés mismo de la justicia, mejor que un clérigo, se le contrapone un marinero" (*Contra el proceso fraudulento,* en "Estudios de Derecho Procesal", Tomo II, Ejea, Buenos Aires, 1962, pp. 68 y ss.).

Ha sido evidente que el principio de publicización del proceso consiguió poner frenos a ciertos arrebatos que conspiraban contra el orden ético del proceso. De todas maneras, es riesgoso confundir la ética del proceso con el principio de moralidad, pues ambos coinciden en un imperativo de conducta (leal, recta y honesta), pero la primera escapa a la vigilia judicial en tanto se ampara en una exigencia del fuero íntimo: la moral y el derecho se debaten en componentes de volición que sólo se controlan cuando se encuentra el acto externo de provocación a la buena fe.

De modo tal que, cuando la exteriorización de la conducta se advierte en el proceso, el control jurisdiccional pone en acción el principio de moralidad y le exige a las partes comportarse con lealtad y probidad.

En este sentido, la obligación no tiene necesariamente que aludir a que las partes deben decir la verdad, o que no han de mentir; ni han de generar sospechas, etc.; todo ello limita la libertad y, en cierta forma, condiciona la voluntad de obrar.

Asimismo, el principio de moralidad preside el conjunto de actos procesales, y es bien cierto que desde el engaño doloso hasta la simple mendacidad, o desde el artificio al ocultamiento de un hecho conocido, existen varios grados de mentira, y, en el análisis de ella, en la trascendencia que revista o en la magnitud y proporción de su desatino, el juez podrá sancionar el comportamiento, sin necesidad de contar con una regla precisa y específica que complique los entendimientos de la verdad o de la mentira.

Un buen ejemplo de este funcionamiento se constata en el derecho inglés, donde bajo la denominación abstracta referente al *Contempt of court* previene el deber de veracidad, a través de la interpretación constante de sus instituciones, que ven una falta de respeto hacia el Juzgado.

Ahora bien, el material que nutre el proceso se compone de hechos y de derecho sobre los que las partes afirman sus respectivas postulaciones. La extensión a todos los hechos importa aceptar que deban relatarse hasta los más mínimos o inverosímiles, pues, en definitiva, le corresponderá al juez decidir la importancia o trascendencia que tiene el suceso para decidir la causa.

En cuanto al derecho, la cuestión es más delicada, y ello se advierte en las diferencias que establecen las distintas legislaciones a la hora de atenderlo.

Por ejemplo, en los Códigos Alemán y Austriaco, la veracidad se requiere sólo con respecto a los hechos; mientras que los Ordenamientos Sueco, Ruso y Dinamarqués hacen extensiva a los argumentos jurídicos[127].

En nuestro parecer, no existe un deber de veracidad en el derecho, cuanto más se puede exigir certeza. Mientras que para la presentación de los hechos priva el criterio de la verdad.

La argumentación equívoca tiene su contracara en la apariencia, la simulación, el fraude o el dolo, y confirma un abuso procesal que se desenvuelve con singularidades propias.

La exposición fáctica, concisa y reticente, puede generar en ambigüedad o en una presentación defectuosa por oscuridad, sin perjuicio de otros vicios formales.

Directamente, la demanda falaz determina estafa procesal, y en ello, insistimos, más que conseguir la verdad –que a veces

127. Grossmann interpreta que, no obstante la limitación a la veracidad de los hechos en ciertas normas nacionales, el deber de veracidad comprende toda la declaración procesal, sea que concierna a los hechos, a los argumentos jurídicos o a la rendición de la prueba (Grossmann, Kaethe, *El deber de veracidad de las partes litigantes en los juicios civiles*, Jurisprudencia Argentina, 71 sección doctrina, pp. 654 y ss.)

se constituye en un estado ideal- al código procesal le interesa prevenir la mentira y el engaño.

Con el derecho, la condición difiere según las invocadas sean normas procesales o materiales. Es decir, que se amparen en la pretensión procesal o en la situación material.

En la primera, el interesado puede invocar el camino de fundamentación, aunque sea provocado o voluntario el error, pues al juez le corresponde decidir el trámite a desarrollar y las pruebas a producir.

En cambio, en la afirmación del derecho material no pueden invocarse argumentos que induzcan a error o sean desleales o pretendan una finalidad distinta a la que verdaderamente obtendrían presentando el caso jurídico en los términos de su real configuración.

6. Sujetos obligados a decir la verdad

En una dimensión diversa a la anterior, que se atiende desde un vértice objetivo, cabe responder en el plano del subjetivismo, ¿a quién se le exige acatar el deber de veracidad?

Casi de inmediato se respondería que: todos los sujetos del proceso, sean partes, terceros o representantes, están obligados a pronunciarse con veracidad. Sin embargo, la respuesta sería ideal o, al menos, quedaría en una expresión de deseos.

Apreciando el problema con una visión puramente conceptual y teórica, no nos quedan dudas que el mentado "deber" *debe ser* plenamente satisfecho por todos quienes concurren al proceso.

Pero las calidades procesales no son las mismas; varían en los sujetos del proceso los deberes, obligaciones y cargas y, en estas correspondencias, el principio debe conjugarse.

Con los auxiliares de la justicia y con los que participan llamados a cumplir una carga de asistencia (testigos, peritos, intérpretes, etc.), el problema se resuelve sin hesitación alguna: su deber es de fidelidad al conocimiento obtenido, de modo que han de declarar con la plena verdad, esto es, sin ocultamientos ni reservas.

A ellos les corresponde aplicar sin reparo alguno el ejemplo del juramento, para que "diga la verdad, toda la verdad y nada más que la verdad". Pueden existir ciertas excepciones cuando existen justas causas de reserva como, si la declaración lo implica personalmente, corriese el riesgo de someterlo a proceso judicial, suponga una declaración contra sí mismo, o esté amparado por el secreto profesional.

Este tipo de colaboradores de la justicia tiene una *obligación* de asistencia y un *deber* de decir verdad.

Inversamente, las partes debaten en el proceso contradictorio bajo ciertas reglas (*fair play*) que les permiten reservas y ocultamientos.

A ellos no les exige decir verdad, sino una pauta de comportamiento basado en el principio de moralidad.

No empece a ello ciertas pruebas del proceso civil que recuerdan institutos de consabida inutilidad. En este sentido la prueba de confesión pervive con una fórmula de juramento de decir verdad que tiene poco de cierto y mucho de ficción, operando verdaderamente como disuasorio de la mentira, en la sanción que produce la inasistencia o la no declaración[128].

128. Couture lo explicaba como un estado de libertad donde se puede elegir entre la verdad y la mentira; la ley supone que cuando un litigante declara en juicio algo contrario a su interés, es porque el crepúsculo de la verdad ha sido más fuerte que las tentaciones del interés. En la prueba de confesión mediante silencio del absolvente o mediante evasivas al contestar el pliego de posiciones, el litigante se halla en el mismo estado de libertad para desembarazarse de la carga procesal encarando las declaraciones y diciendo la verdad. Si huye de la respuesta, lo menos que hay que suponer, lógica y psicológicamente hablando, es que la verdad habría sido adversa al interés (*Estudios de Derecho Procesal,* tomo III, cit., p. 88).

Las partes, en estos casos, respaldan sus convicciones en el proceso y sus obligaciones con la veracidad en compromisos con un *deber* de colaboración, una *carga* procesal o una *obligación* de carácter sustantivo cuando el imperativo a cumplir consiste en una disposición de ese contenido (v.gr.: si al contestar la demanda se responde dolosamente –con la intención de perjudicar los intereses del peticionante–, existirá responsabilidad objetiva –civil– por el daño ocasionado).

En lo expuesto, debe mencionarse que los principios de lealtad, probidad y buena fe coronan las actitudes que postergan en lo inmediato el deber de veracidad.

Una compleja situación se ofrece con los abogados o representantes legales, a quienes se les impone hipotéticamente resolver si sus deberes de cooperación y honestidad hacia la jurisdicción han de ser cubiertos cuando ellos se oponen a los intereses de sus clientes.

En general la situación se presenta como un postulado deontológico, proclamando el deber de veracidad de los abogados.

> Por una parte –dice Grossmann–, se ha sostenido que el deber de veracidad del abogado sería reducido en comparación con el de la parte, dado que su mandato lo obligaría a defender incondicional-mente los intereses de su representado. En el procedimiento existe solamente un derecho a la justa resolución no a la favorable decisión[129].

129. Ob. cit., p. 655.

Conforme a eso, la tarea del representante profesional se debe limitar necesariamente al apoyo de la parte en la obtención de una sentencia justificada. Es cierto que no debe actuar en contra de los intereses de la parte. Pero cuando el fomento de la causa no fuere compatible con el deber de veracidad deberá rechazar el mandato, y cuando conociere esta situación posteriormente, renunciar al mandato ya aceptado. Del mismo modo tendrá que proceder cuando surgiere un serio conflicto entre su deber de discreción profesional y el deber de veracidad. Por otra parte sería erróneo opinar que el deber de veracidad del abogado sería más extenso que el del litigante interesado. A los dos les está impuesta la obligación de manifestarse en absoluta armonía con la verdad, así no hay caso para una ampliación del deber profesional. Por supuesto, este último está consagrado por las sanciones disciplinarias de los reglamentos profesionales, establecidos en la casi totalidad de leyes nacionales para infracciones al deber profesional. Pero la existencia de sanciones especiales, a veces en casos donde la contravención de la parte no trae aparejadas consecuencias nocivas, no se infiere de una ampliación del deber sino del hecho que las infracciones de letrados requieren un castigo austero en virtud del mantenimiento del honor y de la disciplina profesional. Llegamos por tanto a la conclusión que en su esencia el deber de veracidad de las partes, sus letrados y otros representantes es absolutamente idéntico.

A nuestro criterio, el abogado debe servir en primer lugar a sus principios éticos y a los que conforman una serie de postulados elementales de la conducta profesional.

Cuando el cliente lo someta a consideraciones que lo enfrenten con aquellos ideales, podrá limitar o abandonar el patrocinio sin que ello signifique alterar el legítimo ejercicio de una defensa, pues en la medida del interés general encontrará la razón de sus decisiones[130].

130. Es profunda la reflexión que medita Lega en este aspecto cuando afirma que la ética profesional es fruto de una obra diuturna de autocontrol y autolimitación que proviene de los mejores profesionales del grupo y que es asumida por la generalidad de los miembros del mismo como una norma moral (Lega, ob. cit., p. 233).

Capítulo VIII

El principio dispositivo

1. Explicaciones previas

Hace mucho tiempo atrás, David Lascano dijo que el principio dispositivo o "derecho de disposición", tenía un valor importante en todos los países civilizados, pero como su interpretación no era uniforme, resultaba preciso aclarar su concepto y determinar sus alcances para ver hasta dónde se podía conciliar con la "publicización" del proceso, que por entonces, era otro principio que hacía camino y pugnaba por imponerse[131].

Obsérvese que esta relación entre principio dispositivo y publicización del proceso civil fue un alerta inmediato entre los juristas que presenciaron el cambio. Veamos porqué:

En la consideración del principio de *disposición* u *oportunidad*, surgen varios brocardos romanos: *ne eat iudex ultra petita partium; nemo iudex sine actore; ne procedant iudex ex officio; secundum allegata et probata iudex iudicare debet.*

Con ellos se estableció una clara pauta: el juez actúa únicamente a petición de parte interesada, y por ello debe abstenerse

131. Lascano, David, *El principio dispositivo en el proceso moderno,* Revista de Derecho Procesal (dirigida por Hugo Alsina), 1951-2, 1 y ss., Ediar, Buenos Aires.

de obrar por sí (de oficio) determinados hechos, aunque no impliquen modificar la demanda[132]. Al tener que fallar conforme lo pedido y probado, se agregó el *principio de congruencia* entre la pretensión y la sentencia definitiva. De este modo, el pronunciamiento definitivo se debía referir a lo reclamado por las partes; nunca menos, diferente o en demasía.

El problema fue que no siempre el principio dispositivo quedó circunscrito en los límites previstos, porque a veces se lo replegó al principio de "aportación de parte" (que se relaciona con los hechos alegados y la carga de la prueba sobre ellos), y en otras quedó alterado con las interferencias que generó sobre la congruencia procesal y el alcance subjetivo de la cosa juzgada.

En otros términos, la cuestión "política" o "ideológica" del principio dispositivo fue señalar como participaba el Estado (a través de los jueces) en la contienda particular y privada, de manera que la respuesta osciló generando la polémica entre pertenencia del proceso (cosa absolutamente de las partes), o el interés jurídico a tutelar (interés público siempre presente, aun en los conflictos entre partes).

Así se llegó a plantear si "lo dispositivo" era una regla pensada para las partes; o si estaba destinada a organizar la intervención del Estado en los asuntos que fueran de su interés. En uno y otro caso, el principio de congruencia quedaba inmerso en las posibilidades de cada cual (o se reducía al marco de las peticiones; o se ampliaba a otras situaciones amparadas en la extensión de dar a cada uno lo suyo «haciendo justicia»).

Por eso, esta ambivalencia propia de la política científica y, también ideológica, vinculó al "*tipo procesal dispositivo*" con los sistemas liberal-individualistas, y el "*tipo procesal inquisitivo*" con

132. Chiovenda, Giuseppe, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Tomo 3, Cárdenas, México, p. 60.

las formas autoritarias de gobierno[133]; y más recientemente Montero Aroca encuentra que esa no es una relación comparable, al sostener que cualquier ley o código, sea cual fuere la materia que regula, "es siempre expresión de la concepción ideológica propia de la sociedades que se hace y de la sostenida por los responsables políticos que lo hacen"[134].

De esta manera al llevar la discusión al campo de las ideas, sostiene el profesor de Valencia, hay que tener en cuenta el sentido que ocupa el "liberalismo individualista", es decir, la libertad de empresa en un mercado libre y su relación con el derecho de propiedad, pues ello supone que el proceso civil se asienta en el "principio de oportunidad", por cuanto lo determinante de la iniciación del proceso es la voluntad del ciudadano, el cual decide, atendiendo a razones de oportunidad, el acudir o no al proceso para impetrar la tutela por el Estado de su derecho[135].

133. Díaz, ob. cit., p. 339.

134. Montero Aroca, Juan, *Proceso Civil e Ideología,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 134.

135. Montero Aroca, *Proceso Civil e Ideología,* cit., p. 141. También, en esta línea, dice Cipriani, que el gran mérito de Klein fue aquel de individualizar el aspecto sociológico-económico del instituto del proceso […]. La disciplina del proceso austriaco fue la primera entre aquellas relativas a los ordenamientos procesales modernos en basarse efectivamente en el hecho de que el proceso es un fenómeno social de masas y que debe ser reglamentado como un instituto de bienestar. Queriendo examinar de cerca el pensamiento y el proceso de Klein debe decirse que éstos están basados en dos grandes postulados que refleja el pensamiento de Sprung: *a*) las controversias entre los particulares son "males sociales" (*soziale Übel*) relacionados con pérdida de tiempo, dispendio de dinero, indisponibilidad infructuosa de bienes patrimoniales, fomento del odio y de ira entre las partes litigantes y de otras pasiones fatales para la convivencia de la sociedad; *b*) el proceso, en la medida en que bloquea los bienes en espera de la decisión, incide en la economía nacional, en cuanto que toda causa altera la pacífica colaboración, rompe ordenados nexos económicos, bloquea valores y los distrae de la ordinaria circulación. La sociedad tiene, de todos modos, un gran interés en sanar lo más rápidamente posible tales heridas sobre su propio cuerpo. De estos postulados el gran procesalista y guardasellos austriaco extraía con toda coherencia algunos corolarios: el interés del legislador a que aquellos "males sociales" que son los procesos tengan una definición rápida, poco costosa y simple, posiblemente en una única audiencia; la necesidad de que el legislador no admita que el poder de con-

Para comprender mejor donde radica el conflicto es necesario puntualizar el origen de los cambios.

2. El proceso individualista

La concepción establecida en las primeras codificaciones procesales fue absolutamente pensada para tutelar el derecho subjetivo del individuo que requería la actuación judicial.

Es la impronta que tenía el derecho privado del siglo XIX donde todo giraba en derredor del "derecho de propiedad", por eso, no había acción sin derecho, porque quien reclamaba algo ante la justicia debía ser dueño del derecho pretendido.

Es cierto, también, que la famosa polémica entre Windscheid y Muther dio nacimiento a las teorías sobre la acción, permitiendo desde entonces elaborar principios procesales para la iniciación de la instancia y reglas para resolver quienes podían estar, o no, en juicio. De este modo, no importó en más analizar la persona que pide ante la justicia (cuestiones de legitimación y personalidad) sino ver los efectos que producía el primer movimiento realizado ante los jueces: la acción.

ducir el proceso sea dejado en las manos de las partes privadas; y la exigencia, en fin, de que el proceso sea oral y que el Estado, a través del juez, asuma desde el principio la responsabilidad del funcionamiento del proceso y que vele por una individualización rápida de la verdad, exenta de complicaciones. Compendiando el pensamiento de Klein, dice Baur (*Potere giudiziale e formalismo del diritto processuale,* en *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile* 1965, pág. 1689): «el proceso será racional y conforme al concepto moderno de Estado sólo si la defensa del derecho consistirá efectivamente en la concesión de la asistencia del Estado, no sólo con la sentencia, sino desde la primera fase del proceso» (Cipriani, Franco, *En el centenario del Reglamento de Klein (El proceso civil entre libertad y autoridad),* Bari, Italia, Publicado en la *Rivista di diritto processuale*, 1995, pp. 968/1004).

La estricta utilización del *nemo iudex sine actore,* con referencia a quien puede promover una demanda; y el *ne procedat iudex ex officio,* respecto a la prohibición judicial para hacerlo, dejaron asentado que jamás podía ser el juez quien abriera la defensa de un interés particular; con ello se echaron bases para la teoría de la legitimación procesal.

El principio dispositivo, en consecuencia, no fue sólo un estándar para la iniciación del proceso, sino un derrotero a seguir en la concepción absolutamente privada del proceso judicial.

Esto equivale a sostener que, si únicamente los particulares pueden activar la función jurisdiccional, son también ellos, solamente, quienes pueden indicar el objeto de la actuación que se pide: la pretensión.

Desde esta visión, el único que tiene posibilidades de ampliar el marco de conocimiento es el demandado, estableciendo en la relación jurídica procesal el *ne eat iudex ultra petita partium.* No puede el juez resolver en forma distinta a lo que se le pide (principio de congruencia).

3. La publicización del proceso

El llamado paso del "procedimentalismo" (proceso guiado únicamente por reglas técnicas, que llevó a la denominación del derecho procesal como derecho puramente adjetivo, o herramienta de los derechos materiales) al "procesalismo" (establecimiento dogmático de la ciencia a partir de teorizar sobre la acción, la jurisdicción y el proceso), modificó significativamente el principio individualista que tenía al proceso como una lucha entre partes, donde el principio de legalidad (el juez es la boca de la ley) impedía al tribunal (salvo raras excepciones, como en

la justicia de equidad) interpretar las normas y aplicarlas en un marco diferente al pensado para la generalidad.

La justicia del caso concreto, más allá de traer consigo el interrogante de la creación del derecho desde las sentencias, y con ello, el ardid de señalar al juez como legislador, fue una revolución en el pensamiento jurídico europeo del siglo XX.

El juez, antes mecánico aplicador de la ley, comenzaba a actuar con poderes funcionales y con una autoridad propia tomada de las reformas procesales, en donde el Código Italiano de 1940 (vigente desde 1942) fue un puntal del cambio.

El paso siguiente fue la creación de los Tribunales Constitucionales para impedir que los conflictos sobre garantías fundamentales pudieran llegar a manos de un juez ordinario, cuya función exclusiva era resolver controversias entre particulares[136].

136. De nuestra parte, hemos insistido fervientemente en que estas modificaciones son trascendentes para implementar la noción de debido proceso, pero teniendo muy presente, que el fenómeno Europeo no se puede traer a América y aplicarlo sin variación o ajuste alguno. Esta diferencia es muy notable en la actividad jurisdiccional, pues mientras un juez Europeo solo resuelve controversias en el marco de un litigio entre partes (donde aplicará los principios del proceso, del procedimiento con sus reglas, además de las garantías constitucionales pertinentes), solo será esta su función, pues el conflicto constitucional no le pertenece, tampoco la controversia administrativa, menos aún el conflicto regional, sencillamente, porque la división jurisdiccional en Europa es estricta e implementa claramente en el juez ordinario una sola obligación: *aplicar la ley.* En cambio, el juez americano, y sobre todo, el de Latinoamérica, reúne en su función todas esas competencias (al llegar a su despacho tiene el amparo constitucional, la impugnación de un proceso licitatorio, la revisión judicial del acto administrativo, y siempre aplica un mismo código y alguna que otra ley reglamentaria que no afecta el sistema de enjuiciamiento). Por eso, hay que tener muy en cuenta que cuando se debate sobre los principios y las garantías, el tema de la "confianza" en los jueces es más que un discurso de apoyo ideológico; es una idiosincrasia de nuestros pueblos que no quiere dejar en organismos no jurisdiccionales el control de constitucionalidad; y porque ello es así, el aumento de los poderes del juez es algo natural que debe equilibrarse con las garantías del debido proceso para evitar cualquier atisbo autoritario o arbitrario (Cfr. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Derecho Procesal Constitucional - Debido Proceso,* Rubinzal, Buenos Aires / Santa Fe, 2004, pp. 13 y ss.).

La "publicización" significó aumentar los poderes de conducción del juez[137] en un conflicto privado; pero al mismo tiempo, delineó un cuadro de competencias donde al magistrado europeo se le dio la tarea central de resolver controversias sin poder extender su actividad a otras funciones propias del juez americano, como era y es, el control de la constitucionalidad de las leyes[138].

137. "El fenómeno de la publicización se ha basado –entiende Benabentos– en una gravísima confusión entre las facultades materiales y las facultades procesales de dirección del proceso. Una cosa es aumentar los poderes del juez respecto del proceso mismo (en su regularidad formal, en el control de los presupuestos procesales, en el impulso, por ejemplo) y otra, aumentarlas con relación al contenido del proceso y de modo que pueda llegarse a influir en el contenido de la sentencia" (Benabentos, Omar Abel, *Teoría General Unitaria del Derecho Procesal*, Juris, Rosario, 2001).
En alguna medida, el garantismo no cuestiona la dirección procesal que se manifiesta en acciones propias del impulso procesal, el control de la conducta de las partes, las facultades disciplinarias, el control de la admisión formal y sustancial de la demanda, la regularidad de los presupuestos procesales, entre otras facultades generadas por la publicización. En cambio, se opone rotundamente a que el juez se entrometa en el material litigioso, en la investigación de los hechos, en la determinación de prueba no ofrecida por las partes, en la declaración de la existencia de un derecho que no tenga previa contradicción, en la inversión de reglas procesales como la carga de la prueba (cfr. Gozaíni, Osvaldo A., *Problemas actuales del Derecho Procesal. Garantismo vs. Activismo judicial,* Fundap, Querétaro «México>, 2002, pp. 23 y ss.)

138. Explican Hazard y Taruffo que, en la tradición pre-moderna se consideraba que la ley era la voz del rey, y que el proceso representaba la justicia del rey. Esta misma concepción tiene su reflejo en el positivismo jurídico, tal y como lo expuso Kelsen respecto de la cultura europea continental y Austin respecto de la inglesa. El positivismo jurídico sostiene que la ley es mandato, pero ¿cuál es la naturaleza del poder del que emana? La filosofía jurídica ha formulado al menos dos respuestas generales a esta cuestión. Una de ellas consiste en concebir la ley como un mandato que procede del Estado, y es la predominante en la tradición cultural europea. La otra respuesta, que prevalece en la tradición cultural del *common law* y en particular en su versión americana, consiste en concebir el Derecho como una directiva que expresa el consenso común del cuerpo político. En la concepción del Derecho como proveniente del Estado, la legitimidad de la ley depende esencialmente de la legitimación de la fuente de la que ésta trae su origen…[…] La concepción americana del Derecho y de la función del juez es muy diferente. No existe ningún concepto de <<Estado>>: en los Estados Unidos el término <<Estado>> se refiere a las cincuenta unidades que conforman el sistema federal…[…

Esta no es una diferencia baladí, sobre todo si tenemos en cuenta que en América hemos resuelto adoptar la línea procedimental de los códigos europeos, particularmente las viejas leyes de enjuiciamiento civil española (con su impronta del juez del principio de legalidad) y, en materia constitucional, optamos por confiar en los jueces (no en Tribunales especiales) para concretar la fiscalización del principio de supremacía constitucional.

Esta característica se tornó más clara después del impacto y repercusión que tuvo la justicia constitucional en Europa, pero no impide advertir la función que ejerció el juez en los procedimientos.

Antes que neutral era un espectador del litigio; un mero árbitro que aplicaba las reglas del juego. En cambio, la dirección del proceso comulgó una aspiración por una justicia más efectiva; más cercana con los hechos reales que debían suscitarse y con mayor injerencia en el control de los presupuestos procesales.

Empero, la conducción material del proceso fue duramente criticada, porque se creyó que convertía al magistrado en un *juez dictador*, característica de Estados autoritarios donde el predominio del principio de investigación o de aportación de hechos se asienta en el mismo órgano jurisdiccional. La preocupación fue elocuente en Europa, acostumbrada si se quiere, al juez autómata, simple aplicador de la norma sin poder interpretarla.

No se nos escapa que esta lectura puede ser correcta para los conflictos constitucionales, pero en las controversias privadas son los hechos los que señalan el poder de conducción de los jueces. En éstos, una vez más, el principio dispositivo estableció que sólo las partes podían enunciar las circunstancias a resolver, sin que pudiera el juez agregar hechos no invocados, alegados ni mencionados.

] El Derecho existe al margen de cualquier otro poder o autoridad, y es comprensible para cualquier ciudadano, puesto que todos ellos crean el Derecho…" (Hazard, Jr., Geoffrey C. – Taruffo, Michele, *La justicia civil en los Estados Unidos*, traducción de Fernando Gascón Inchausti, Thomson – Aranzadi, Navarra, 2006, pp. 86/7).

No obstante, la publicización trajo una innovación en este sentido. Algunos dijeron que el cambio de visiones (si la misión del proceso no se analizaba desde el litigante que pide, sino por la jurisdicción que actúa) entrañó la desprivatización absoluta del proceso, ingresando no sólo en terreno de lo puramente adjetivo, sino también, en cuanto ocupa al derecho subjetivo (o material)[139].

Con ello el rol del juez pasó a ser de *director* del proceso. Característica que potencia sus poderes de iniciativa y dirección. Respecto a la instrucción se confirma el papel activo que le toca asumir en el proceso, confiriéndole una amplia potestad para controlar los presupuestos de admisión de la demanda; así como desarrollar el curso de la instancia desde el impulso con sus propias decisiones.

En líneas generales, se robustece el juzgamiento más que la composición, esto es, se dota al juez de poderes y deberes que no se pueden, por vía de principio, apartar del cuadro que las partes concretan en sus escritos postulatorios[140].

139. Barbosa Moreira refiere a un "neoprivatismo" en el proceso civil (*Proceso Civil e Ideología*, Montero Aroca «coordinador>, cit., pp. 199 y ss.).

140. Quizás sea Clemente Díaz quien, con prudencia y agudeza, muestra las proyecciones que tiene el principio dispositivo sobre las actuaciones procesales. Es evidente que tomar el principio acotado a la sola característica de promover la acción, significa tener al proceso como un contrato entre partes, porque precisamente la voluntad individual es la que se considera. Por ello, decía, el problema consiste en determinar la *extensión y los límites de los poderes y facultades del juez y de las partes.* En este sentido, el postulado del poder de iniciativa no interesa tanto el primer acto de puesta en marcha del aparato jurisdiccional como sí la implicancia que ello tiene para fijar la extensión y la amplitud de la tutela jurídica (la llamada fijación del *thema decidendum,* y su correlato en la posibilidad de esta-

4. Dudas del principio dispositivo

Se ha planteado que el uso de estas facultades provoca cierto conflicto con la imparcialidad, porque si el juez conduce el proceso, y con los poderes que la dirección le otorga, adopta resoluciones que pueden influir en el resultado final de la causa, es evidente –se afirma– que afecta la igualdad de trato y consideración de las partes.

Alvarado Velloso insiste que el desequilibrio transforma al juez en parte, porque aun sin quererlo, genera acciones que confunden el rol director convirtiéndolo en protagonista indeseado en un conflicto que es sólo de dos[141].

Sin embargo, pese a la aparente verdad de tal afirmación, ello sería cierto si el juicio solamente fuera producto de versiones contrapuestas donde el juez no tendría más que una función puramente formal reducida a dictar sentencia, aplicando la ley y convencido por quien ha utilizado mejor el derecho de defenderse (la famosa alocución de Savigny, según la cual el derecho es el arma que inviste al guerrero, de manera que si es una herramienta, el que mejor la usa gana en la lucha, aunque no tenga razón)[142].

blecer el conocimiento del tribunal de primera y segunda instancia <<*tantum appellattum quantum devolutum*>>). A su vez, concluye Díaz, el postulado de la conducción del proceso implica que el juez solo actúa por rogación; y también, desde lo dispositivo queda determinado quienes son partes y cuáles los hechos a juzgar; radicando en el postulado de la investigación una variación imprudente que trae el tipo inquisitorio al proceso civil (cfr. ob. cit., pp. 342 y ss.).

141. Cfr. Alvarado Velloso, Adolfo, *La imparcialidad judicial y el sistema inquisitivo de juzgamiento,* ponencia presentada en el XXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal (Bogotá, 2005); también en *Proceso Civil e Ideología*, Montero Aroca «coordinador>, cit., pp. 217 y ss.).

142. El abandono de la regla procesal que tiene al proceso como una lucha, o un duelo, para usar la expresión de Barbosa Moreira, está explicada con suma claridad por el eximio profesor carioca (ex presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal). El espíritu de competición ya no es propio del litigio, porque no es la justicia una teoría deportiva ni se puede resolver sobre la belicosidad de los ánimos

En este contexto, la polaridad ideológica arroja posiciones diametralmente opuestas; sencillamente porque la perspectiva que se tiene en el problema, se focaliza desde ángulos distintos. Mientras unos quieren que el proceso dispositivo sea aquél que las partes promueven y desarrollan con sus tiempos y sin intervención activa del magistrado; los otros, sostienen que el juez "no es un convidado de piedra" sino el director del proceso, y como tal su función es dinámica y predominantemente activa.

De todos modos, la duda principal queda implícita en el significado que tiene el principio dispositivo. Porque ya no estaría referido, únicamente, al señorío de promover actuaciones judiciales, sino a modificar el objeto a tutelar desde la intervención de los jueces. ¿Es esto cierto?

El interrogante parte de una realidad: el procedimiento se divide entre versiones, donde las partes aportan su propia lectura, demandando del juez una singular interpretación sobre los efectos que piden y reclaman, como derivados de esa subsunción de hechos en el derecho.

Así las cosas, la cuestión pareciera centrar en las potestades judiciales que se tienen para interpretar los hechos que las partes alegan sin poder ampliarse el cuadro de circunstancias a otros que, por aplicación de principios y presupuestos preadquiridos, quedarían fuera del ámbito litigioso.

En síntesis, el principio dispositivo afirmaría la soberanía de las partes sobre los hechos, y las potestades judiciales se implementarían, únicamente, para que el juez resuelva el derecho aplicable.

Sin embargo, esta afirmación ratifica la línea que ve en el proceso una lucha entre partes donde el deber jurisdiccional es

(Barbosa Moreira, José Carlos, *Duelo e processo,* en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, Año 2 nº 3 [2003], p. 25).

aplicar la ley (*juris - dictio*), estableciendo un vencedor y un derrotado. Prácticamente, volver a esta consigna que, en pocas líneas reproduce la máxima: dadme los hechos que aplicaré el derecho (*narra mihi factum, dabo tibi ius*), es un contrasentido con el avance hacia un proceso público, en el que las potestades judiciales no pueden quedar postergadas por las alegaciones interesadas de las partes.

En síntesis, el principio dispositivo es más que el poder de iniciar el proceso, porque instala el quid de resolver los hechos que originan el conflicto y quiénes son los legitimados para aportarlos a la causa.

5. Misión constitucional del juez y el principio dispositivo

Nosotros, no queremos centrar las dudas en una cuestión de *principios*; sino analizarla desde la misión constitucional que tiene el juez en el proceso. Vale decir, analizar el problema desde las *garantías*.

Los europeos continentales clásicos sostenían que la función del juez era aplicar la ley sin mirar a quien; debía resolver las controversias humanas y nunca entrometerse en cuestiones de inconstitucionalidad presunta de las leyes, o de ejercicios arbitrarios del poder de gobierno, porque no eran ellas actividades que pudiera concretar. Si lo hacía, invadía el campo del Tribunal Constitucional; si controlaba la legalidad de la conducta administrativa, se inmiscuía en una jurisdicción especialmente reglamentada para esa tarea.

Por su parte, los americanos no hemos aceptado esta idea afincada en la limitación de la actividad de la magistratura, sencillamente porque nuestro esquema para el control de constitucionalidad es jurisdiccional, en el sentido de poner en manos de los jueces la fiscalización del principio de supremacía de la Norma Fundamental. Y ello lo puede hacer no solo en los procesos constitucionales específicos, sino además, en cualquier procedimiento donde la crisis constitucional sea manifiesta.

Es lógico así que "nuestros jueces" tengan una dimensión de funciones aumentada a la que sirven los magisterios del viejo continente, y es plausible que no se recorten esas potestades por cuestiones puramente técnicas, desde que no puede ser el proceso entre partes una contienda donde puedan quedar socavados, justamente, la misión constitucional que vienen dados a cumplir.

La reducción del problema ideológico al poder de dirección formal, por más que se focalice como violación del principio de bilateralidad y contradicción, no tiene asidero ni lógica. Sigue creyéndose que el proceso es cosa privada, cuando el cambio vino ya de la mano de Chiovenda.

> En efecto, en sus "*Principios*" formuló la afirmación siguiente: "En el proceso se desarrolla una función pública y ésta es la *actuación de la ley,* o sea del derecho en sentido objetivo. Este es el fin del proceso, no la *defensa* de derechos subjetivos, como muchos afirman"[143].
> Por eso descartó de plano el argumento por el cual se dijo que la finalidad de todo juicio es resolver conflictos entre partes, sean de actividad o de voluntad, "porque tales conflictos se dirimen también fuera del proceso (agente que impide robar a un ladrón, alcalde que ordena la demolición de una obra que se opone a los reglamentos municipales)"[144].

Además, la diferencia entre interpretar y aplicar la ley no es tan rotunda como para convertir al juez en legislador, porqué

143. Chiovenda, José, *Principios de Derecho Procesal Civil,* Tomo I, traducción de José Santais y Santaló, Reus, Madrid, 1977, p. 95.
144. Ibídem, p. 99.

–siguiendo a Chiovenda–, "como juez actúa la ley según la interpretación que su cultura le sugiere, y precisamente la tendencia más autorizada en el método de adaptación histórica quiere que la función del Juez esté preparada para cualquier hipótesis nueva de la ciencia jurídica"[145].

Este primer elemento de análisis trae al escenario lo dispuesto en el artículo 7 del Código Orgánico de la Función Judicial donde el principio dispositivo orienta la actividad jurisdiccional; por su lado los arts. 5 (impulso procesal) y 92 son determinantes para ver el sistema que se propicia.

Este último precepto dice […]

> *Artículo 92*.- Congruencia de las sentencias. Las sentencias deberán ser claras, precisas y congruentes con los puntos materia del proceso. Resolverán sobre las peticiones realizadas por las partes y decidirán sobre los puntos litigiosos del proceso.

En suma, lo dispositivo queda focalizado en dos aspectos. Uno centrado en la posibilidad de alterar la regla de iniciación del proceso; y otra, para ver si el juez puede trabajar sobre hechos que no llegan de las alegaciones de las partes.

En el primer caso, podríamos regresar al tiempo de las discusiones sobre el "principio dispositivo" y el "principio inquisitorio", que en esencia constituye la raíz ideológica del antagonismo. En el otro, para resolver cuáles son los hechos del proceso, que trae a colación otro principio: el de *aportación*.

Los efectos implican, asimismo, otras repercusiones, por ejemplo, resolver si en el marco de la pretensión y la resistencia donde se ubica el principio de la congruencia procesal, es permeable o inflexible con lo anterior.

145. Ibídem, p. 104.

En todo caso, las respuestas deben ser prudentes porque, el principio dispositivo difícilmente pueda modificar la llegada al proceso de causas que no sean iniciadas por el interés particular de quien las motiva (aun cuando sea el juez quien tome conocimiento del entuerto, no sería él quien pudiera promover la causa)[146]; y el alcance de la sentencia, sea por el objeto o por los sujetos, puede afectar otras garantías, como la defensa en juicio (tercero alcanzado por la sentencia); la irrazonabilidad (pronunciamiento que falla cuestiones no propuestas); la cosa juzgada (con sus límites precisos).

6. El proceso inquisitivo

Al estudiar el principio dispositivo, David Lascano aclaró que, […]

> Desde luego el principio de la *oficialidad* contraría la regla *ne procedant iudex ex officio* formulada por el derecho medieval y que ha sido aceptada como un dogma por la doctrina y la jurisprudencia. La prohibición impuesta al juez de proceder sin petición de parte, es una consecuencia del *nemo iudex sine actore,* aunque con mayor alcance, porque rige para todo el

146. Ya Calamandrei dijo que una jurisdicción ejercida de oficio repugnaría, por una razón psicológica antes que jurídica, al concepto que modernamente nos hemos formado de la función del juez, el cual, para conservarse imparcial, debe esperar ser llamado y limitarse a hacer justicia a quien la pide; de suerte que, si nos dijeran que un magistrado, sin ser solicitado por nadie, se ha puesto en viaje para ir en busca de entuertos a enderezar, nos sentiríamos llevados a considerarlo, más bien que como un héroe de la justicia, como un monomaníaco peligroso del tipo de Don Quijote o del legendario zapatero de Mesina. Mientras la justicia sea administrada por hombres, la omnipotencia del Estado no podrá destruir la necesidad lógica y psicológica (especialmente imperiosa en la fase de cognición) de confiar a los diversos órganos aquellas dos actividades complementarias pero bien distintas, hasta el extremo de no poder ser confundidas sin reducir la justicia a un pueril soliloquio, que son respectivamente, la función de preguntar y la de responder, la de proponer un problema y la de resolverlo, la de denunciar un entuerto y la de repararlo (cfr. cita de Lascano, ob. cit., p. 3).

> procedimiento, en tanto que éste es válido principalmente para el acto inicial del juicio. Pero su misma amplitud admite la posibilidad de algunas excepciones; sólo que tales excepciones deben estar justificadas, o mejor dicho, no deben afectar la naturaleza del proceso[147].

¿A qué se refería con la frase *algunas excepciones*? Evidentemente no fue intención del autor eludir el cerrado principio de la iniciativa (o derecho de acción), sino de ofrecer desde los poderes de dirección y saneamiento en el proceso (propios del publicismo o de la *publicización*) una actividad jurisdiccional propia destinada a mejorar la eficacia de la función.

En esta línea se agruparon los controles sobre los presupuestos procesales, la depuración del objeto a resolver, la iniciativa probatoria, y algunas extensiones del principio de congruencia, como veremos más adelante[148].

Antes de ello había alertado Guasp que el principio dispositivo que prescribe la inactividad del juez debía aplicarse solamente al material de hecho, siendo, por tanto, de la mayor relevancia rehusar incluir en este apartado a figuras que en él no encajan[149].

147. Lascano, ob. cit., p. 10.

148. Agregó Lascano que, para llegar a esta conclusión era preciso determinar si tales poderes invaden o no la esfera de los derechos privados, o si por el contrario, se mantienen en terreno propio. Sosteniendo que, la cuestión se resuelve determinando el grado de relación en que se encuentran esas facultades con respecto a la litis y al proceso. Si inciden o influyen sobre el "fondo del asunto", indudablemente que afectan el derecho de los litigantes, porque el conflicto de intereses, atañe a ellos solamente; si, por el contrario, no se dirigen al material del juicio sino que se refieren al procedimiento, no salen de la órbita en que deben ejercer su función, porque, como órgano de la jurisdicción, debe tener lugar prominente en la conducción y vigilancia del proceso (ob. cit., p. 12).

149. Guasp, Jaime, *Juez y Hechos en el proceso civil,* Bosch, Barcelona, 1943. Recopilado en *Estudios jurídicos,* edición al cuidado de Aragoneses Pedro, Cívitas, Madrid, 1996, pp. 279 y ss.

En consecuencia, el poder de conducción del proceso jamás podía significar la oficialización del principio dispositivo ni la reversión hacia un proceso inquisitivo. Esta diferencia puede encontrarse en la iniciación del proceso penal, donde por razones absolutamente fundamentadas, no se puede esperar de la acción privada la actuación punitiva del delito. Por ello, regresemos una vez más al interrogante planteado por Guasp […]

> Pero si la oficialidad del proceso depende, en último término, de la presencia de un interés público al que el Estado concede garantías especiales en cuanto a la efectividad de su satisfacción, inmediatamente surge ante nosotros la dificultad de saber cuándo nos hallamos ante un interés de aquella clase y, sobre todo, si no es posible que en materias de orden exclusivamente civil aparezca también aquél interés que el Estado trata de salvaguardar. ¿Cómo hacer compatibles estos casos con la subsistencia de la regla *nemo iudex sine actore* que deja a la iniciativa extrajurisdiccional el planteamiento de cuestiones cuya solución preocupa al Estado?"[150].

La duda tuvo respuestas rápidas e inteligentes que no confundieron la división de aguas perfectamente trazada por la lógica y la experiencia. Vale decir, el principio inquisitivo propio del régimen penal, y la iniciativa privada, particular del proceso civil, eran perfectamente compatibles desde que no eran los principios los que se oponían, sino tan solo, el aporte de los hechos a la causa.

No obstante, la polémica se abrió sobre aspectos imposibles de circunscribir en la polaridad que se presenta. Es decir, se ha pretendido calificar la función del juez como "inquisitiva" o "autoritaria", por el hecho de ejercer una actividad más comprometida con la eficacia institucional y singular del proceso.

150. Guasp, ob. cit., p. 297.

De este modo, sostiene Alvarado Velloso que […]

> El sistema inquisitivo de enjuiciamiento está inserto en casi toda América latina desde siempre (aunque algunas veces notablemente disfrazado de *dispositivismo atenuado* en lo civil), y espera de los jueces que lo practican un esforzado *averiguamiento de la verdad* de lo acontecido en el plano de la realidad social (más allá de lo que los propios interesados –las partes procesales– quieran sostener o confirmar al respecto) para lograr *hacer justicia a todo trance en cada caso concreto.* A este efecto, aplican sus *facultades-deberes* (¿?) de producir oficiosamente la prueba del caso ordenando al efecto *medidas para mejor proveer* o actuando directamente en forma oficiosa[151].

Con mayor énfasis Cipriani hace responsable a Franz Klein del aumento de los poderes del juez y llega a sostener que nunca nadie ha pensado, ni piensa, que las partes deban dirigir el proceso, tanto es así que afirma […]

> Con nuestro viejo código, la dirección correspondía al juez y no ciertamente a las partes[152]. Pero, parece evidente que, una cosa es dar al juez los poderes estrictamente necesarios, y no por ello poco vastos[153], para dirigir el proceso y otra muy distinta es establecer que el juez pueda hacer todo

151. Trabajo presentado por el autor al XVIII Congreso Panamericano de Derecho Procesal, Arequipa (Perú), octubre de 2005.
152. Ver, en efecto, Diana, *Le funzioni del presidente nel processo civile,* Milán 1911, I, p. 13 y ss. Es cierto que aquí se confunde la dirección con el impulso de las partes. Por ejemplo, Hazard y Taruffo, *La giustizia civile negli Stati Uniti,* Bologna, 1993, pp. 101 y 105, al relevar que el juez americano normalmente «se limita a responder los argumentos de las partes», afirman que el juez, en los países del *common law,* sería sólo un árbitro en posición neutral y esencialmente pasiva y tendría un papel de segundo plano en la conducción del proceso. No creo que sea así: también en esos países el proceso está dirigido por el juez; es el impulso del proceso lo que queda en manos de las partes.
153. Cfr., Raselli, *Il potere discrezionale del giudice,* II Padova 1935, p. 190, el cual, con el viejo código, llegó a notar que nuestro juez, contrariamente a lo que se sostenía, tenía una miríada de poderes directivos discrecionales.

> aquello que considere oportuno[154] o, peor aún, que en el proceso civil no se pueda mover un dedo sin el permiso del juez [155]. Y, en efecto, confirmando el equívoco que se encuentra en la base del pensamiento de Klein y de sus secuaces, puede observarse que es al menos forzado sostener que el juez, en los ordenamientos liberales, sea un «rey madero»(*) o, como también se ha llegado a decir, una «marioneta», un «títere»[156], una «grabadora automática»[157], un sujeto –en suma– que dicta sentencia sin siquiera saber por qué lo hace, «como un autómata que, activado por el peso de la moneda que cae, emite un dulce o un boleto de entrada»[158]. El juez, siendo aquél a quien le corresponde juz-

154. Se piense, por ejemplo, en el art. 118 del C.P.C., en virtud del cual el juez puede ordenar la inspección corporal de un tercero. Vale decir, por si eventualmente no quedare claro, que en un proceso civil entre Ticio y Caio, ¡el juez puede ordenar la inspección corporal de Sempronio! La norma, por suerte y naturalmente, no se ha usado nunca, pero nos hace estremecer. Pese a ello, hay quienes la consideran insuficiente pues si el tercero rehusare ser inspeccionado, sólo puede ser condenado a una multa no superior a las diez mil liras (Cappelletti, Mauro, *Libertà individuale e giustizia sociale nel processo civile italiano*, (1972), en *Giustizia e società,* Milán 1972, p. 34, que escribía cuando la multa no podía superar las ocho mil liras, pero que no considera que en 1940 el techo de la multa fue fijado en dos mil liras, que en esa época era un patrimonio).
155. Para dar sólo un ejemplo, los arts. 169 C.P.C. y 77 de las Disposiciones de Actuación, quieren que las partes, para retirar el propio expediente de la secretaría [*cancelleria*], deban pedir permiso (con papel timbrado) al juez. En esta línea, se sostiene que nuestro código, lejos de ser antiliberal y autoritario, estaría inspirado en una concepción privatista del derecho y del proceso civil (así, Cappelletti, *Libertà individuale*, cit., p. 33 y ss), más precisamente en la ideología liberal que gusta a los abogados (así, Denti, *Processo civile e giustizia sociale,* Milán, 1971, p. 19).
(*) «*Re travicello*» en el original, haciendo referencia a una conocida poesía satírica de Giuseppe Giusti (1809-1850), poeta del «risorgimento» italiano. La poesía hace referencia a un madero enviado por Júpiter para reinar en un estanque de ranas, que por ser de madera, era ciertamente inofensivo, inactivo y tolerante con sus «súbditos» (las ranas): obvia metáfora del soberano moderado (T).
156. Así, Sprung, *Le basi,* cit. p. 31.
157. Andrioli, *Il nuovíssimo progetto di riforma del processo civile,* en *Diritto e giurisprudenza* 1947, p. 24.
158. Chiovenda, *Le riforme,* cit., p. 385. De «autómata» habla también Segni, *La riforma del processo civile e le sue direttive,* (1924), en *Scriti giuridici,* I, Torino, 1965, p. 309.

> gar, es la persona más importante y más temida del proceso, aquél frente al cual las partes –y sobre todo los abogados– se han siempre inclinado y siempre se inclinarán, por lo que no se ve cómo se pueda seriamente compararlo con los fantoches[159] y con las maquinillas automáticas[160]. Por otro lado, el que, el juez civil pueda (y deba) juzgar sólo a instancia de parte es otro –civilizadísmo e insuprimible– discurso[161]"[162].

Tales posiciones ideologizan el proceso y desnaturalizan el concepto natural del principio inquisitivo. Acentúan en las circunstancias históricas la pretendida pérdida de libertades que se dio con el paso del proceso hacia la conducción del juez, sin dejar de mencionar para la ocasión, la intención política de los autores que actuaron en las reformas del sistema. Por eso, acusan a Klein, perdonan a Chiovenda (muerto en 1937) y señalan a Calamandrei como ideólogo principal.

En tal sentido simplifica Montero Aroca al concluir que […]

> En la actualidad y en la mayor parte de las regulaciones positivas se ha atribuido al juez la dirección formal del proceso. El juez se ha convertido en todos los ordenamientos civiles en quien dirige el proceso, bien entendido que esa dirección se refiere a las que antes hemos llamado facultades procesales, bien en lo atinente al control de la falta de los presupuestos procesales de los que depende, si no la existencia del proceso, sí la validez del mismo, bien en lo que atiende a hacerlo avanzar de una fase a otra en la dirección que conduce a la sentencia. En este sentido no hay oposición a que el juez controle los presupuestos procesales, en cuanto de la concurrencia de los mismos depende la validez del proceso y la posibilidad de que se dicte sentencia sobre el fondo del asunto, o a que al tribunal se le atribuya el impulso procesal, entendido éste como posibilidad de que, una vez iniciado el proceso por el actor, el procedimiento como cauce formal de la serie de actos se desarrolle por los pasos previstos en la norma; más aún, nada se opondría a que sea también el juez, siempre con las partes, el que controle la realización de los actos conforme al principio de legalidad".
> "Lo anterior no significa que el juez «gestione» el proceso, por lo menos si la palabra gestionar se entiende como sinónima de administrar una empresa, una iniciativa o una actividad influyendo de modo determinante en su desarrollo. Se trata sólo de ejercer unas facultades de dirección formal, sin influir en el que pueda ser el resultado del proceso"[163].

159. En efecto, en el sentido de que en los Estados Unidos (donde, según la concepción analizada en el texto, los jueces serían marionetas) los abogados saben bien que los jueces «no son muñecos», ver, Roberg de Laurentis, *La difesa del povero in America,* Milán 1957, p. 43.
160. De hecho, en el sentido de que ya Gnaeus Flavius advirtiera que los jueces no son maquinillas automáticas, Calamandrei, *Il processo como giuoco*, (1950), en *Opere giuridiche*, cit., I, p. 539.
161. Es significativo que el mismo Cappelletti, que años atrás había dicho estar complacido de que en los países comunistas hubieran «dejado de lado el principio de la demanda» (Ver, *Ideologie nel diritto processuale,* cit., p. 18), haya ahora cambiado de opinión (Ver, *Dimensione della giustizia,* cit., p. 162).
162. Cipriani, Franco, *En el centenario del Reglamento de Klein*, Bari, 1995, passim

7. Los hechos los aportan las partes

Centremos, de ahora en más, el eje central de la polémica entre estas ideologías que observan al juez como un auténtico interesado en la gestión eficaz del proceso. Que persigue trabajar sobre verdades antes que actuar con ficciones, teniendo para ello poderes suficientes para inquirir y resolver en consecuencia; enfrentado al que asiste al litigio conduciéndolo de manera formal, porque solo del interés de las partes depende el impulso y la confirmación de las alegaciones que llevan a la certeza judicial.

Para ello hemos de compartir con Pico i Junoy que la ideología social emergente en el siglo XX, lleva consigo en Europa y América latina, el fenómeno de la "socialización" del proceso civil (sin darle a la palabra connotaciones políticas, aunque

163. Montero Aroca, *Proceso civil e Ideología,* cit., p. 308.

pueda ser ideológica) que, con el objetivo de incorporar a los clásicos principios del liberalismo determinadas exigencias del Estado Social de Derecho, pone de manifiesto la distinción entre objeto del proceso y proceso como instrumento idóneo para alcanzar la efectiva tutela, por parte del Estado, de los intereses litigiosos[164].

Precisamente, una de las consecuencias más importantes que se dan después de esta renovación, asienta en los poderes de dirección del juez civil, que sin hacer mella al principio dispositivo, puede ocuparse del principio de "aportación de parte", según el cual es potestad de cada litigante indicar los hechos sobre los que recaerá el objeto del proceso.

Ahora bien, principio dispositivo y principio de aportación de parte no es la misma cosa. Mientras uno se vincula con el tiempo y las personas que pueden requerir la tutela jurisdiccional; el segundo se relaciona con la autonomía de las partes para llevar al proceso los hechos y las pruebas de que intenten valerse[165].

Con el primero se conecta el "principio de oportunidad" que suele establecer diferencias entre la naturaleza de los intereses que se llevan a juicio. Mientras los intereses públicos deben actuarse de oficio por el principio de necesidad; los intereses privados son de exclusiva pertenencia del titular a quien se le atribuye el derecho subjetivo y la voluntad para actuar.

164. Pico i Junoy, Joan, *La iniciativa probatoria del juez civil y sus límites,* Revista Peruana de Derecho Procesal, nº 2, marzo, 1998, p. 17. También en *El Juez y la prueba*, Bosch, Barcelona, 2007, pp. 99 y ss.

165. En este sentido compartimos con Montero Aroca que […] "tradicionalmente dentro del principio dispositivo se han venido confundiendo dos principios distintos, aunque complementarios: el principio dispositivo en sentido estricto, esto es, la disponibilidad que las partes tienen sobre el interés privado y la conveniencia o no de acudir al órgano jurisdiccional pretendiendo su satisfacción y, en segundo lugar, el principio de aportación de parte, por el que las partes tienen también el monopolio de aportar al proceso los elementos de hecho y los medios de prueba (*Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 63).

Con el segundo, en cambio, se debate, entre otras cuestiones, sobre la posibilidad de la iniciativa probatoria del juez, la fijación de los hechos controvertidos, el alcance de la cosa juzgada, etc.

De este modo, para concentrar el tema únicamente en la aplicación del principio dispositivo, y en especial, en el momento inicial del proceso al ejercer el derecho de acción, hemos de proyectar nuestra perspectiva sobre las alteraciones que tiene dicho principio en las actuales circunstancias.

8. ¿Puede el juez iniciar el proceso?

La fórmula romana que impide al juez promover de oficio una causa judicial (*ne procedant iudex ex officio*) consecuencia natural de la regla por la cual no hay juicio sin actor (*nemo iudex sine actore*), son preceptos muy poco discutidos.

Sólo por mencionar alguna de las tantas legislaciones que tienen esta guía, la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española dice en su exposición de motivos que […]

> Sigue inspirándose en el principio de la justicia rogada o principio dispositivo, del que se extraen todas sus razonables consecuencias, con la vista puesta, no solo en que, como regla, los procesos civiles persiguen la tutela de derechos e intereses legítimos de determinados sujetos jurídicos, a los que corresponde la iniciativa procesal y la configuración del objeto del proceso, sino en que las cargas procesales atribuidas a estos sujetos y su lógica diligencia para obtener la tutela judicial que piden, pueden y deben configurar razonablemente el trabajo del órgano jurisdiccional, en beneficio de todos".

Una consecuencia previsible del principio dispositivo es que la persona que pide debe señalar, precisamente, qué quiere (pretensión) y qué espera de la jurisdicción (sentencia favorable), argumentando con pruebas y razones los fundamentos que tiene la demanda.

Hasta aquí todo es lógico y no admite reparos ni observaciones. Es una derivación obvia aplicada al proceso civil donde se debaten intereses y conflictos de pertenencia privada. El problema aparece cuando la naturaleza del tema excede al derecho subjetivo y trasciende la controversia singular.

Un ejemplo sería ¿puede la suegra promover el divorcio de su hija? Obviamente NO, sin embargo, el derecho de acción lo tiene, pero el juez, en ejercicio de potestades procesales que le son propias, podrá repeler de inmediato semejante pretensión, directamente improponible por carecer de legitimación.

Pero ¿qué sucede si entre los argumentos señala que los hijos del matrimonio han sido abandonados por su padre y están en situación de mendicidad, desnutridos y un sinfín más de atrocidades? ¿Rechazará de oficio la demanda y hará oídos sordos a los motivos? ¿Pensará que solo la madre tiene el "derecho subjetivo"? ¿Es un interés totalmente privado el que se presenta?

Está claro que la hipótesis es descabellada, pero en la dinámica de ver el cambio, hay una variable en el criterio que tiene el derecho subjetivo como derecho de pertenencia única e intransferible que puede ser analizado dejando de lado la corriente tradicional.

Claro resulta que el reclamo tiene dos caras: la pretensión de divorcio que es improponible; y la denuncia implícita que puede o no ser derivada por el juez hacia el correspondiente carril de actuación.

El primero es un derecho indisponible para quien no tiene la propiedad del derecho material (ser cónyuge); el segundo es un interés público que merece la "actuación de la voluntad legal" para hacer uso de un término de la doctrina Chiovendiana.

¿Podrá el magistrado actuar de oficio en este tipo de intereses?

En los procesos constitucionales americanos (no es igual en Europa que tramitan ante jurisdicciones especiales como son los Tribunales Constitucionales) la iniciativa de oficio siquiera podría ponerse en duda, si razonamos como Couture al decir:

> "No parece posible hablar de inconstitucionalidad de la ley procesal por exceso de garantías a favor de la persona humana. No debe descartarse que tal cosa ocurra, en aquellos casos en que el exceso de garantías haga ilusoria la certeza del derecho; pero no es esa la situación que ha creado problemas en el ámbito de la experiencia jurídica. En cambio, puede hablarse de inconstitucionalidad de la ley procesal por ausencia de garantías para la persona humana"[166].

Un caso evidente es la inconstitucionalidad que se decreta de oficio (*iura curia novit*); o la admisión de pretensiones fundadas en derechos difusos o colectivos donde la titularidad individual no se puede precisar.

Bidart Campos fue pionero en esta senda aperturista que hoy renovamos. Decía el maestro que […]

> "Una cosa es decidir en la sentencia que quien en su pretensión sustancial alegó un derecho suyo no tiene la titularidad de ese derecho; o que quien fue señalado como demandado

166. Couture, Eduardo J., *El "debido proceso" como tutela de los derechos humanos,* La Ley, tomo 72 p. 808, sec. Doctrina, Buenos Aires, 1953.

carece de relación jurídica que lo grave con un débito frente al actor; o que debe darse prioridad a un derecho que en la escala axiológica es superior al invocado por el actor; y otra cosa, harto distinta –y en principio disvaliosa– es resolver el rechazo de la pretensión so pretexto de que quien la articuló no ostenta legitimación (si es que tal denegatoria se escuda superficialmente en alguno de aquellos *slogans* ya citados: carencia de interés concreto, propio, inmediato, y diferente al de cualquier otro sujeto). […] Estamos aludiendo directamente a los casos en que, sin tipificarse un claro derecho subjetivo o un interés legítimo, el justiciable ha fundado su pretensión en un interés difuso, o colectivo, o compartido con otros, o igual al de otros o, acaso, usando terminología del actual artículo 43 de la Constitución, un derecho de incidencia colectiva en general"[167].

En suma, no tratamos de confundir al lector proponiendo que el proceso se inicie desde la jurisdicción, sino mostrar como la teoría de la legitimación procesal que se funda en la pertenencia exclusiva del derecho subjetivo ha quedado en desuso, permitiendo al juez abrir las puertas del tribunal a la pretensión material suficientemente motivada sin importar el estudio de la personalidad procesal, que, en todo caso, se verá al tiempo de dictar sentencia.

9. El principio dispositivo y la iniciativa probatoria

Cappelletti examina esta característica y señala lo siguiente […]:

167. Bidart Campos, Germán J. *El acceso a la justicia. El proceso y la legitimación*, en "La legitimación", libro homenaje al profesor Doctor Lino Enrique Palacio, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 19.

"La abolición, aun total del poder monopolístico de las partes respecto de las pruebas, es un aspecto –quizás el más importante– de la sustracción a las partes del poder de dirección "formal" del proceso. Este no es ya cosa de las partes, como era típicamente el lento proceso común y el proceso "liberal" del siglo XIX. Les queda a las partes (normalmente) privadas, el poder exclusivo de elegir entre pedir o no la tutela jurisdiccional de un (pretendido) derecho suyo; les queda a ellas el poder exclusivo de determinar los límites esenciales de la acción –límites subjetivos (personal), objetivos (*petitum*), causales (*causa petendi*)– y por consiguiente los límites esenciales de la decisión y del fallo. El juez no puede, en principio, ni obrar de oficio, ni sobrepasar aquellos límites queridos y determinados por las partes privadas. Subsiste, por consiguiente, en sustancia, para el proceso civil su núcleo o, si se prefiere, su objeto privado. Pero sobre este núcleo, dejado a la exclusiva potencia de disposición del sujeto (normalmente) privado, se construye una "cáscara", una envoltura –un proceder–, que está en cambio sustraído a aquella potencia de disposición; una vez instaurado un proceso civil, el modo, el ritmo, el impulso del proceso mismo son separados de la disponibilidad, inmediata o mediata de las partes, y por consiguiente también de las maniobras dilatorias y retardatarias de alguna de las partes, regulados en cambio por la ley misma con normas absolutas, o bien –y más a menudo– por el juez con poderes discrecionales, en el ejercicio de los cuales él podrá y deber tener en cuenta las concretas exigencias del caso, en un espíritu no de vejación, sino de activa colaboración con las partes"[168].

Por eso, el eje central de la controversia, radica en la iniciativa probatoria del juez, pues allí se argumenta que suple una tarea propia de las partes, teniendo en cuenta que el proceso no persigue investigar ni descubrir la verdad, sino –afirman– se conforma con la certidumbre lograda tras la

168. Cappelletti, Mauro, *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*, Ejea, Buenos Aires, 1972, pp. 122/123.

producción de la prueba que las partes han actuado[169]. Ello sin olvidar que la carga de la prueba reposa en quien afirma los hechos que alega.

Sin embargo, si volvemos al punto de origen, es probable que no sea dentro del principio dispositivo donde se pueda discutir el alcance que se quiere encontrar.

En efecto, recordemos que el principio dispositivo (presente ya en el derecho medioeval) acentúa el carácter privado para la iniciación del juicio. Al juez le está prohibido proceder sin petición de parte. La pretensión señala el marco de actuación, pero el objeto del proceso es el que se modifica con la publicización. No es la iniciativa ni la puesta en marcha lo que se transforma.

Si antes fue el interés particular, ello no cambia, pero la función jurisdiccional no descansa ahora en la sola aplicación de la ley, sino en la misión de hacer justicia sobre los hechos reales de la causa.

Esto que es muy claro en América, creemos confunde a los Europeos, y mayormente, a quienes se apegan al procedimentalismo del siglo XIX pensando que el proceso sigue siendo una

169. Podemos reconocer aquí, el riesgo de una actuación parcial del juez, que se concretaría si él ejercitare sus poderes en el interés exclusivo de una de las partes. Más el riesgo de la parcialidad ronda al juez, que es y no puede dejar de ser humano, a lo largo de toda su actividad; y la única manera de eliminarlo completamente sería confiar a una máquina la dirección del proceso. Atar las manos al juez en la investigación de la verdad es pagar un precio demasiado alto por la prevención de un peligro que, aun sin tal exorcismo, normalmente permanece en "estado de peligro" y sólo en casos excepcionales se convierte en daño actual. El remedio más eficaz contra el riesgo de la parcialidad no consiste en argüir obstáculos en la investigación de la verdad. Consiste sí, en imponer al juez el respeto escrupuloso de la contradicción en la actividad instructora y la estricta observancia del deber de motivar sus decisiones, mediante el análisis cuidadoso de la prueba producida y la indicación de las razones de su convencimiento acerca de los hechos (Cfr. Gozaíni, *Problemas actuales del Derecho Procesal. Garantismo vs. Activismo Judicial*, cit., pp. 67 y ss.).

cosa entre partes, donde ellos dominan todos los aspectos del conflicto, inclusive, el propio sistema de enjuiciamiento.

Oportunamente Lascano apuntó que […]

> Teniendo en cuenta esta variación de objetivos, la cuestión se simplifica considerablemente. El juez no puede proceder de oficio, pero es entendido que su inhibición ha de serlo solamente en todo lo que importe contrariar su función específica. La actividad que no suponga sacarlo de su posición de juzgador como tercero imparcial, no está alcanzada por la prohibición referida. Lo que supone el principio no es tanto evitar la usurpación de facultades que pertenecen a las partes, como procurar que el órgano jurisdiccional se mantenga en el lugar que le corresponde en el proceso[170].

Por entonces Calamandrei, al explicar las orientaciones del nuevo código italiano, después de ratificar que se habían conservado todos los aforismos de la antigua sapiencia, dijo […]:

> "Sin embargo, se debe poner de relieve que, si bien el principio dispositivo ha sido mantenido, ha encontrado, no obstante, en el nuevo Código, atenuaciones y limitaciones notables, respecto de las cuales no se puede aquí guardar silencio […]. Tales atenuaciones y limitaciones se refieren, sobre todo, a la elección y a la proposición de los medios de prueba, en relación a los cuales los poderes de iniciativa del juez han sido notablemente ampliados respecto de aquellos, mucho más restringidos, admitidos por el código anterior. En realidad, mientras para el ejercicio de la acción y para la concreta determinación del tema de la demanda, todo poder de iniciativa reconocido al juez sería incompatible con la naturaleza misma del derecho privado, no se puede decir igualmente que el carácter disponible de la relación sustancial controvertida lleve necesariamente a hacer depender de la iniciativa de parte la elección y la puesta en práctica de los medios de prueba…Se puede, para concluir, poner de re-

170. Lascano, ob. cit., p. 10.

lieve que el nuevo Código ha hecho corresponder a la naturaleza disponible de la relación sustancial controvertida la adopción en el proceso del principio dispositivo: pero ha considerado que el mantenimiento de este principio no es, en general, inconciliable (como tradicionalmente se enseñaba) con el poder del juez de escoger por sí los propios métodos de investigación…"[171].

Quizás el gran cambio que marca el centro de gravedad del principio, está en la copernicana variación realizada en el objeto del proceso civil contradictorio, pretendiendo que el clásico debate dialéctico abandone la naturaleza de ser una lucha entre partes, para ubicarse en el plano del deber de colaboración de los contradictores, y encontrar una solución justa, afirmada sobre la verdad de los hechos[172].

Desde esta perspectiva, no solo queda modificado el sentido del principio dispositivo, sino también el de igualdad y, en

171. Calamandrei, Piero, *Instituciones de Derecho Procesal Civil,* Volumen 1, Ejea, Buenos Aires, 1986, pp. 405 y ss.

172. No está de más regresar a Calamandrei, que es el gran responsable –según los garantistas– del cambio de tornas. Sostenía el maestro florentino que, "en la concepción tradicional del proceso civil de tipo dispositivo el resorte de todo mecanismo procesal estaba constituido por el conflicto de los intereses individuales de las partes, que encontraba su terreno de lucha en el contradictorio. A cada parte se le dejaba plena libertad de comportarse en el proceso tal como le era sugerido por su propio interés; pero este estímulo del interés individual se encontraba en definitiva dirigido, sin que la parte se diera cuenta de ello, a la satisfacción del interés público, porque la actividad de cada litigante encontraba frente a sí el control y la reacción de la parte contraria, de suerte que este choque de esfuerzos individuales contrapuestos, del que nacía para el juez imparcial la verdad, se resolvía involuntariamente en una colaboración a los fines de la justicia. Aquel delicado mecanismo de precisión que era, en su concepción tradicional, el principio dispositivo, estaba destinado a funcionar como una ingeniosa combinación de libres cargas, sin necesidad de recurrir a la presión de obligaciones, que forzasen a las partes a realizar, en interés de la justicia, algo que estuviese en pugna con su interés individual. Esto tenía aplicación, sobre todo, para la constatación de la verdad en el proceso de cognición: la parte no tenía, por lo general, la obligación de decir la verdad, sino que tenía solamente la carga de probar, con los medios proporcionados por ella, que sus afirmaciones eran verdaderas […]" (ob. cit., p. 413).

definitiva, alcanza a lo que se debe interpretar por debido proceso.

Era obvio que no se postulaba la amistad entre adversarios, sino que el procedimiento no aumentara la hostilidad (por ello la aparición de los principios de lealtad, probidad y buena fe) y dejara de ser un sofisma actuado sobre versiones procurando la auténtica exposición de los hechos y sus consecuencias. Con estos parámetros puede hablarse de un "proceso social", pero es extremadamente capcioso decir que la socialización del proceso significó amputarle a las partes la libertad y señorío sobre el objeto a resolver[173].

10. Conclusiones

Al llegar al final de estas reflexiones de inmediato advertimos lo profundo de los cambios, el esfuerzo de adaptación que

173. No es cierta esa derivación porque es diferente el principio dispositivo respecto de la regla de "aportación de los hechos por las partes". Un fallo del Tribunal Supremo español se hace cargo de la distinción al señalar que, "aunque ambos aparezcan muy interrelacionados entre sí, el principio dispositivo, mejor poder dispositivo, significa que en el campo del proceso civil, las partes disponen del objeto del proceso, en el sentido de ejercitarlo o renunciarlo a su voluntad. Comenzando, respecto del demandante, con la libertad de accionar y en cuanto a la elección de la oportunidad del momento de realizarla, limitado en el orden temporal a la prescripción de la acción y asimismo, iniciado el proceso con el poder de disposición sobre la pretensión, renunciándola o transigiendo, y en cuanto al demandado con la libertad de comparecer o no y de allanarse o transigir la pretensión adversa. En íntima relación con tal principio, pero con independencia o al menos autonomía, figuran los de justicia rogada y de aportación de parte, el primero en cuanto a que el actor determina la iniciación del proceso (*ne procedat iudex ex officcio* y *nemo iudex sine actore*) y puede desistir. En cuanto al de aportación de parte, significa la asunción por cada parte de los elementos de alegación, petición y prueba que vinculan al juez dentro del margen de la pretensión y de su oposición (ST, sentencia del 7 de diciembre de 1999; cfr. *Los poderes del juez civil en materia probatoria,* Picó I Junoy, Joan - Lluch, Xavier Abel [coordinadores], J.M. Bosch, Barcelona, 2003, p. 22 nota 8).

los jueces han realizado en el curso de los tiempos, y la poca sintonía de los códigos procesales que han mantenido un esquema de debate aplicado rigurosamente al principio dispositivo clásico, sin advertir que desde Chiovenda (1903) las variaciones fueron significativas.

La misión constitucional de los jueces en el proceso ha desplazado las formalidades propias del procedimentalismo para centrar la función en la eficacia y en el sentido de "lo justo".

Para ello, el rigor de los principios, y la poca permeabilidad de las reglas, se convierten en obstáculos al criterio principal que ahora se afirma, por eso, tanto el principio dispositivo como su influencia en la congruencia procesal contienen las extensiones que este capítulo resume desde la dogmática y que bien puede explanarse, con la constante prédica jurisprudencial. En resumen, hablamos de derechos y garantías, nada más.

Capítulo IX

El proceso por audiencias

1. Introducción

El proceso por audiencias es una evolución en los modelos de enjuiciamiento que se ha presentado, especialmente en Latinoamérica, como un sistema común inspirado en el Código Modelo Tipo para Iberoamérica.

No se trata con ello de auspiciar, únicamente, un cambio en los modos de llevar adelante un proceso, sino, y lo que es más importante, una transformación de los roles de quienes en él intervienen, donde la tradición del proceso como lucha se desplaza hacia un concepto más cooperativo.

> El sistema de justicia civil (en sentido amplio) en Iberoamérica, abarca distintas materias. En general, en función de la materia, se han previsto diversas estructuras respondiendo a las particularidades que cada una reviste, regulándose en muchas de ellas el proceso por audiencias. Cada país ha adoptado estructuras que, aun teniendo un tronco más o menos común, son diferentes, ya que pretenden ir en consonancia con su situación geográfica, humana y política. Varios ordenamientos, siguiendo la estructura prevista en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, organizan los procedimientos en dos audiencias: Preliminar (o inicial) y complementaria (también llamada "vista de causa" o "de juicio" En algunos países). En general, en la audiencia preliminar se concentran las actividades conciliatorias y de fi-

jación del objeto del proceso y de la prueba, y en la audiencia de vista de causa o complementaria se lleva a cabo el diligenciamiento de la prueba, las alegaciones finales y, eventualmente, el dictado de la sentencia[174].

Es decir, se modifica la concepción liberal del juicio controvertido que busca el éxito de una de las partes, para ir pensando valores de eficacia y seguridad donde no haya vencedores ni vencidos, sino, antes bien, un derecho a que los jueces desarrollen el oficio procurando lograr con sus resoluciones una justicia plena y efectiva.

2. Los sistemas de enjuiciamiento

Las familias procesales presentan características diferenciales[175] que permite dividirlas en grupos:

a) *Sistema anglosajón*: donde predomina la oralidad, con amplia facultades de las partes y muy pocas del juez (sólo debe resolver). Es un proceso por audiencias donde las etapas previas tienen gran importancia para la elaboración probatoria. Existe buena disposición para negociar y facilitar acuerdos que eliminan la disputa; así como la sentencia puede ejecutarse a través del tribunal, que para ello, sí tiene potestades importantes (*contempt of court*).

Este sistema, propio del *common law*, se guía, esencialmente, por la doctrina de los precedentes jurisprudenciales (*stare decisis*), lo que determina que el estudio sistemático se

174. Pereira Campos, Santiago, *Presente y futuro del proceso por audiencias en Iberoamérica,* ponencia presentada por el autor en las XXIV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal (Panamá, marzo 2014).

175. Cfr. Rene David, *Les grands systèmes de Droit contemporains,* 6ª ed. París, 1974. Enrique Véscovi, *Nuevas tendencias y realidades del proceso civil,* en "Revista Uruguaya de Derecho Procesal", Montevideo, 1994 nº 4, pp. 461 y ss.

rige, preferentemente, por el análisis de casos, antes que de normas.

b) *Sistema soviético*: Es un proceso originario de la URSS que ya no existe. En él existió una gran influencia del Estado representado por sus jueces. Es el órgano de gobierno el que los designa y le atribuye potestades y deberes muy exacerbados. Rige en China y áreas de influencia.

c) El *civil law* se divide en dos subgrupos: los que tienen sistemas escritos (casi toda Latinoamérica); y los que han incorporado la oralidad en sus procesos (son predominantemente orales).

En los procedimientos escritos las facultades del juez son muy amplias, pero poco utilizadas. El proceso queda atrapado en etapas bien demarcadas, excesivamente burocráticas, y de una gran lentitud. Los recursos admitidos son demasiados lo cual genera una multiplicidad de instancias que ahogan la esperanza de rapidez y eficacia procesal.

En los sistemas de juicio oral y público del *civil law*, el objetivo es que el derecho positivo se aplique. El juez tiene que resolver las controversias utilizando la ley. El valor del precedente jurisprudencial es relativo, porque el fin de la jurisdicción es fiscalizar la supremacía de las normas, especialmente de la Norma Constitucional.

Para ello se establece un proceso con régimen de audiencias y claras potestades del magistrado para dirigir, ordenar y resolver de la forma más ágil y rápida que le resulta posible.

Por lo general, tienen una segunda instancia de casación, y en cuestiones de constitucionalidad se distinguen dos modelos: el Europeo o sistema concentrado donde operan los Tribunales Constitucionales que partieron de la inspiración de Hans Kelsen;

y el americano o sistema difuso que hace prevalecer la posibilidad que sea cada juez quien realice el control de constitucionalidad (aunque actualmente existe una clara tendencia para encontrar un tercer sistema, mixto, que coloca en el Poder Judicial dicha función pero a cargo de una Sala o Tribunal especializado).

Cada mecanismo se diferencia, aunque puede observarse una tendencia unificadora en América Latina que nace con el "Código procesal civil modelo"; y en Europa, con el "Código Judicial uniforme".

Estas dos constataciones no elimina la posibilidad que también presenta el sistema soviético, sobre todo si recordamos y tenemos en cuenta los trabajos presentados en el Congreso de Lublin (Polonia) en 1993.

3. La tendencia hacia la uniformidad procesal

La tendencia actual es unificar los métodos de debate en el proceso, permitiendo además de armonizar los diversos ordenamientos jurídicos, encontrar un modelo general que concrete, entre otros objetivos, la realidad de un debido proceso legal sin diferencias, aunque puedan existir matices.

Sin embargo, este proyecto encuentra dificultades difíciles de superar. Por ejemplo, en Argentina y México el régimen federal de gobierno permite a cada territorio autónomo (provincias o distritos) tener su propio régimen procesal, multiplicando los regímenes que debieran concordarse.

Por eso ha sido preferible razonar sobre la base de principios comunes que se amparan en la armonización. Estos factores

aglutinantes ([176]) conducen hacia cierta preservación de las zonas neutras, es decir, aquellas que no están influenciadas por sistema alguno y que, por su real valía, tienen consideración por sí mismas.

Es el caso de la regla moral, las garantías constitucionales de defensa en juicio, celeridad en los procedimientos y sentencias fundamentadas, entre otras.

También se nutre de las variadas convenciones internacionales que establecen normas de cooperación entre Estados y el reconocimiento y eficacia de las sentencias extranjeras en suelo natal.

Teniendo en cuenta esta particularidad, cuando se crea un proceso por audiencias no se alteran los demás principios procesales, tales como, la regla de actuar de buena fe, no abusar de las ventajas que tiene el proceso (v.gr.: desconocer las afirmaciones del contradictor y ampararse en el paradigma que afirma que el que alega debe probar), tener siempre la posibilidad de probar y contradecir, etc.

Lo que es cierto es que, con la aparición de este nuevo emplazamiento, se abandona la línea trazada desde el derecho romano del siglo III con el procedimiento extraordinario.

4. Características generales

Diseñar un proceso por audiencias que sea diferente y seguro para sus destinatarios parece muy difícil teniendo en cuenta el grado de evolución y confianza en cada sistema de procedimientos.

176. Cfr. Enrique Véscovi, *Elementos para una teoría general del proceso civil latinoamericano,* editorial. UNAM, México, 1978, p. 10.

Trabajar en audiencias significa profundizar la oralidad con la inmediación, eludiendo la confrontación de posiciones para encontrar en la dirección del juez un punto convergente cuyo destino es la tutela judicial efectiva.

Es muy importante ver en los Fundamentos del COGEP cuanto se afirma como pilares del modelo […]

> El primer elemento, contenido en la descripción conceptual específica que consta en el artículo 1 de la Constitución de la República, declara y reconoce, entre los principios fundamentales, que: "El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y de justicia…".
> El segundo, al determinarse, entre los derechos de protección, a partir del artículo 75 de la Constitución de la República, que el Estado reconoce a todos los habitantes del país, sin discriminación por causa alguna, el"…acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad…". Como medio de materializar el derecho a la seguridad jurídica que al decir de lo previsto en el artículo 82 de la Constitución del Ecuador se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes, que faciliten el cumplimiento de los deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y ecuatorianos estipulados en el artículo 83 de la norma supra en referencia, asegura con ello, la convivencia pacífica de toda la población, requisito indispensable para promover la competitividad y bienestar de toda nuestra nación.
> El tercero, aparece en el artículo 167 de la Constitución de la República, que trata sobre los principios de la administración de justicia, al señalar que las o los juzgadores son únicamente un instrumento del Estado, pues la voluntad popular es la que les confiere su autoridad: "La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por los órganos de la Función Judicial y por los demás órganos y funciones previstos en la Constitución".

> Y, finalmente, el cuarto elemento está en el artículo 169 de la Carta Fundamental que determina que: "El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades".

La lógica del sistema parte de evitar tener al proceso como una lucha. Esta idea que fue propia del pensamiento del siglo XIX cuando Savigny influyó en la glorificación del proceso acusatorio; hoy se diluye para encontrar soluciones más compositivas y cooperativas.

La premisa del proceso justo admite morigerar el rígido criterio que establecen las ficciones del proceso. Una de ellas, por tomar al azar un ejemplo, determina la consecuencia legal de tener por notificado a todo aquél que retira un expediente de los actos dictados en aquél, siempre y cuando estuviere comprobado fehacientemente que el mismo estuvo en poder de la parte, aunque fuera por complacencia o extralimitación de los funcionarios encargados de su custodia.

Es verdad que, por razones de seguridad jurídica, algunas veces se posterga esa apreciación, pero también lo es, que ello reposa en la mayoría de las ocasiones por el fruto de la duda, o de la carencia de una sólida presunción.

No obstante, el camino de la seguridad puede correr paralelo con el de la justicia, y no tiene razón alguna para observarlas como avenidas que circulan en direcciones opuestas.

Son tantas y tan variadas las ilusiones procesales que, entre otras ficciones, suponen presente al ausente; notificado al desinformado; representado al indefenso; pobre a quien ostenta ri-

queza pero logró cumplir los acotados extremos del beneficio de litigar sin gastos; confeso al que se equivoca al responder sin seguir las formas; falto de acción a quien tiene intereses evidentes aunque no le son propios; consagra la verdad pero tolera y admite la mentira en el proceso; pide pruebas para alcanzar certidumbre y convicción pero las exige de manera autoritaria y proclive a conductas huidizas; le otorga al juez la conducción y dirección del proceso, cuando en los hechos toma intervención recién cuando el expediente está pronto a dictar sentencia…

Estas son algunas de las vallas que se deben derribar. El proceso no es un juego; tiene sus reglas, pero éstas no se pueden convertir en un sortilegio o sutilezas que encantan únicamente a quien las conoce.

Por eso la desconfianza de la gente en la justicia: no comprende las formas, no interpreta los principios, vale decir, no sabe jugar el juego que solo abogados y jueces conocen.

De alguna manera, el sistema sofista, complicado y secreto, nutrió el derecho romano canónico que llevó a las desventuras por todos conocidas. ¿Cómo tolerar que en el siglo XXI se mantenga este esquema?

5. Poderes de dirección en el proceso por audiencias

El proceso por audiencias se implementa con actuaciones escritas y un desarrollo oral. El esquema avanza a través de actos, antes que por etapas, de manera que a diferencia de los llamados juicios de conocimiento estructurados en secciones (litis-contestatio, prueba, sentencia) en las que cada una tiene que estar terminada para comenzar la siguiente (principio de preclusión); en el modelo previsto la secuencia sucede en audiencias. Vale decir, en actuaciones que se suscitan ante el juez, quien debe resolver en cada una de ellas.

Básicamente, entonces, las funciones de los operadores jurídicos se alteran. Es cierto que los comienzos de la instancia siguen iguales (con leves diferencias según las excepciones o defensas que se opongan) porque tanto la demanda como la contestación documentan por escrito la pretensión y la resistencia. Pero, trabada la litis, el procedimiento adopta un curso rápido y expedito si consigue que las pautas establecidas se cumplan.

¿Supone este cambio afectar el ejercicio del derecho de defensa?

Procuremos, entonces, dar una respuesta a este dilema. En efecto, el proceso se integra, necesariamente, con dos partes antagónicas y un tercero imparcial que resolverá con poderes suficientes para dotar su decisión de las notas de definitividad y fuerza compulsoria propia. Es decir: poder y autoridad, componen este aspecto de la práctica judicial.

Para que dicho imperio y "*autorictas*" no excedan límites tolerables, el procesalismo pone la valla del principio de razonabilidad, el cual supone que toda la actividad jurisdiccional se moviliza bajo la legalidad del obrar y fundamentando adecuadamente cada una de sus resoluciones.

Estas son garantías debidas al justiciable que se integran en la noción de "debido proceso formal" (o procesal). Mientras que la otra faceta del "proceso debido" que refiere a lo sustancial o material del principio, se manifiesta en el conjunto de exigencias procedimentales que deben garantizarse a cualquier persona que exige el cumplimiento de sus derechos y libertades.

En sus comienzos, el derecho de entrada al proceso (acción, pretensión y demanda), el derecho a ser oído, así como las ga-

rantías del juez predeterminado, la independencia del órgano y su imparcialidad, entre otras, eran vistas como partes del "debido proceso sustancial", actualmente pareciera mejor incluirlos dentro del "derecho a la jurisdicción", por el cual la garantía se amplía al trascenderla del reducto procesal.

Hoy día, se han ampliado notablemente los deberes de la jurisdicción y, en su consecuencia, los límites de la llamada tutela judicial efectiva no se sostienen únicamente en el respeto por el derecho de defensa en juicio.

Precisamente, esta lectura de vanguardia conspira contra el modelo clásico de la estructura procesal y abre brechas que resisten el ímpetu de estas realidades que emergen del reclamo social antes que de una ilusión teórica sin fundamentos.

El modelo tradicional que dominó buena parte de los procedimientos latinoamericanos a través de dos siglos, estableció que el proceso era solo cosa entre partes donde el juez asistía al debate para luego definir con su sentencia el derecho aplicable a uno u otro; pero la renovación que trajo la llamada publicización (código italiano de 1940) le asignó al juez mayores poderes y deberes, obligándolo a dirigir el conflicto para encontrar la verdad real antes que la confirmación de una u otra de las versiones de las partes.

Es cierto que entre ambos modelos existen aproximaciones y diferencias, pero también lo es que a nadie puede tomar por sorpresa esta función jurisdicción que en modo alguno afecta la Constitución y sus principios.

No obstante, debe quedar en claro que si hablamos de garantías constitucionales, en definitiva, no hay más garantía que el proceso judicial porqué será éste el que en definitiva persiga la consagración de los derechos y libertades que trae la Ley Fundamental.

En consecuencia, este aspecto del proceso por audiencias puede encontrar dos lecturas opuestas. Mientras una parte argumenta la conveniencia de un juez activo y atento que se preocupa por inquirir la verdad (lo que significa tener iniciativa probatoria); otros sostienen que esta característica afecta el principio de bilateralidad y contradicción, alterando esencialmente, el principio de igualdad entre las partes.

6. El proceso por audiencias del COGEP

El sistema ecuatoriano varía algunos de estos encuadres dogmáticos. De alguna forma conforma a los ideólogos de ambas corrientes procesales, porqué no se puede negar el activismo conforme que se permite para la actividad jurisdiccional donde, al mismo tiempo, se establecen límites constituidos por deberes y obligaciones propias para un proceso donde se afiance la igualdad entre las partes y el ejercicio efectivo del derecho de defensa.

En el capítulo siguiente, cuando tratemos la prueba, se verá con mayor claridad esta determinación teórica que implanta la realidad que expresa que la mejor teoría es aquella que cuenta con aplicación práctica.

El sistema procesal establecido reconoce el proceso por audiencias para el procedimiento ordinario. Básicamente son dos audiencias (preliminar y de juicio) que persiguen con la presencia ineludible del juez en ellas, ordenar, esclerecer hechos, depurar el objeto litigioso y establecer la actividad probatoria.

En otra obra (177) planteamos como tesis que los principios procesales están configurando un cuadro nuevo de representa-

177. Gozaíni, Osvaldo A., *Garantías, Principios y Reglas del proceso civil,* Eudeba, Buenos Aires, 2015.

ción. Algunas veces se vuelcan claramente hacia las *garantías* (v.gr.: independencia jurisdiccional; imparcialidad del juez o del tribunal; defensa en juicio; asistencia letrada idónea y de confianza; plazo razonable; derecho al recurso; etc.) procurando que no se altere ni modifique aquello que para el litigante es seguridad jurídica basada en certeza y previsibilidad; sin embargo, en nutridas ocasiones, esos principios admiten flexibilidades desplazándose claramente hacia el terreno de las reglas. De este modo, un principio puede encontrar alternancias, como resulta la congruencia procesal; o el dispositivo que se conmueve cuando el juez integra la litis con quienes el actor no ha demandado; o también si la carga de la prueba se pone en cabeza de otro que no sea el que afirma como cierto un determinado hecho.

En el COGEP hay un respeto importante para el principio dispositivo, con todo lo que ello comporta: a) el actor es quien promueve el proceso y dispone a quienes demandar; b) no puede el juez traer al proceso hechos que no fueran aportados por las partes; c) no se pueden alterar pretensiones ni modificar el contenido de las excepciones opuestas.

La inmediación es otro condicionante de validez y eficacia (art. 81) teniendo en cuenta que está asegurada la presencia ininterrumpida del juez en las audiencias. Si estuviera ausente de forma injustificada, el acto será insanablemente nulo, cambiando una regla común de las nulidades procesales que se tornan relativas cuando las partes no impugnan la irregularidad.

Solamente en caso fortuito o fuerza mayor, y con razones debidamente demostradas, la audiencia podrá reiniciarse con un juzgador distinto al que inició la diligencia.

La realización de las audiencias irradia desde el artículo 79 un modelo de necesaria explicación […]

> *Artículo 79.- Audiencia.* Las audiencias se celebrarán en los casos previstos en este Código. En caso de que no pueda realizarse la audiencia se dejará constancia procesal. Al inicio de cada audiencia la o el juzgador que dirija la misma se identificará, disponiendo que la o el secretario constate la presencia de todas las personas notificadas. La o el juzgador concederá la palabra a las partes, para que argumenten, presenten sus alegaciones y se practiquen las pruebas, cuidando siempre que luego de la exposición de cada una, se permita ejercer el derecho a contradecir de manera clara, pertinente y concreta lo señalado por la contraria. Iniciará la parte actora. Durante la audiencia, la o el juzgador puede autorizar que las partes intervengan personalmente. En ese caso, la o el defensor se debe limitar a controlar la eficacia de la defensa técnica. Las partes tendrán derecho a presentar de forma libre sus propuestas, intervenciones y sustentos. La o el juzgador concederá la palabra a quien lo solicite y abrirá la discusión sobre los temas que sean admisibles. El idioma oficial es el castellano, de no poder entender o expresarse con facilidad, las personas intervinientes serán asistidas por una o un traductor designado por la o el juzgador. Las personas intervinientes, en caso de no poder escuchar o entender oralmente, serán asistidas por un intérprete designado por la o el juzgador, quien podrá usar todos los mecanismos, medios y formas alternativas de comunicación visual, auditiva, sensorial y otras que permitan su inclusión. Lo anterior no obsta para estar acompañados por un intérprete de su confianza. Se resolverá de manera motivada en la misma audiencia. Las personas serán notificadas con el solo pronunciamiento oral de la decisión. Para la interposición de recursos, los términos se contarán a partir de la notificación de la sentencia o auto escrito. Cualquier solicitud o recurso horizontal presentado por alguna de las partes antes de la fecha de audiencia, no suspenderá su realización. La o el juzgador resolverá dichas peticiones en la misma audiencia.

Este reglamento trae conjeturas que analizamos de inmediato, sin dejar de recordar que dentro de sus facultades de dirección judicial, se podrá indicar a las partes los asuntos a

debatir, moderar la discusión, impedir que sus alegaciones se desvíen hacia aspectos no pertinentes y ordenar la práctica de pruebas cuando sea procedente. Asimismo, podrá limitar el tiempo del uso de la palabra de las personas que intervengan, interrumpiendo a quien haga uso manifiestamente abusivo o ilegal de su tiempo. Ejercerá las facultades disciplinarias destinadas a mantener el orden y garantizar su eficaz realización […] (art. 80).

6.1 Conocimiento de los intervinientes

Uno de los objetivos más destacables del COGEP asienta en el deber del juzgador de presentarse ante los intervinientes del proceso, dirigir la audiencia, y conseguir que el público comprenda lo que ocurre.

Este cambio de enfoque lo queremos destacar pues hace mucho tiempo que el tema del acceso a la justicia se analiza desde una sola perspectiva: la del litigante; con ello, se ha logrado que el análisis proyecte los problemas de admisión o entrada al proceso de quienes tienen derechos de pertenencia exclusiva y afectaciones que reparar con las sentencias que esperan. Muchos de quienes llegan al proceso quedan a expensas de la técnica del litigio, de la inteligencia y experticia de sus abogados, pero pocos saben lo que realmente ocurre.

Decía Cappelletti en su visita a la Argentina en 1981, cuando tuvimos oportunidad de escucharlo, que "los derechos deben explicarse para ser conocidos, porque de otro modo no se pueden ejercer", y esa es la prédica del COGEP, dando espacio a un entendimiento cooperativo y con libertad formal.

Los desvíos que sufre la justicia latinoamericana tiene la mayor contrariedad en el acceso a la jurisdicción que se manifiesta en el desconocimiento de la gente sobre los derechos y garantías que poseen.

Es muy importante que Ecuador abandone la doctrina y jurisprudencia que insiste en una suerte de repetición de conceptos que la misma práctica ha dejado de lado. Oralidad con lenguaje comprensible y entre personas que se presentan, son más que reglas de caballerosidad, proponen dejar de lado la violencia propia de un proceso que se muestra como lucha de fuerzas.

Con este contexto, la audiencia no se puede ver como el escenario de la riña, o el estadio donde los hechos se ventilan con ficciones torpes y poco creíbles. La utilidad depende de los protagonistas, y para conseguirlo es menester garantizar adecuadamente esta primera intervención solemne de presentación y explicación sobre quien es, quienes están y cuánto sucederá.

6.2 Derecho de síntesis y trascendencia

Tras la presentación de la audiencia, las partes podrán argumentar y presentar sus pretensiones. Los hechos que se afirmen, aun encontrándose en los escritos constitutivos del proceso, pueden ser sintetizados en esta oportunidad y resaltar las cuestiones que se consideren de mayor trascendencia.

Las pruebas que se anticipen han de justificarse y las demás peticiones tienen en este acto el tiempo de mayor expresión.

Para Barrios de Angelis […]

> Los contenidos principales de la audiencia preliminar son los siguientes: 1º) la renuncia unilateral o bilateral de las respectivas pretensiones de las partes, dentro o fuera de la conciliación. Se trata del fin anticipado del proceso. 2º) La

> fijación del objeto. Esta puede tener dos especies: sobre pretensiones o sobre hechos. 3º) La elucidación de cuestiones procesales previas. La ubicación de las cuestiones previas en la audiencia preliminar, coincide con la política del proceso escrito y diverge de la del proceso oral (sin audiencia preliminar) que las concentre, uniéndolas a las no procesales, en la audiencia principal. El fundamento de este contenido, agrega, "se encuentra en la precedencia lógica de lo procesal y en la axiológica del principio de economía[178].

6.3 Derecho a la contradicción

El proceso por audiencias es un sistema de enjuiciamiento que no se diluye como proceso de conocimiento; las etapas se mantienen consecutivas y concatenadas dando espacio en cada oportunidad de alegación a la réplica del contradictor. Pero a medida que avanza el ciclo se van clausurando posibilidades de expresión sin posibilidad de regreso.

Este orden formal, a veces, no se manifiesta continuado, porque se detiene en estadios que fraccionan la unidad del procedimiento, asemejándolo, en la gráfica exposición de Calamandrei, al aspecto exterior de un drama, "dividido en varios episodios escénicos, unificados en virtud del hilo de las vicisitudes"[179].

Cada una de esas secuencias se rige por un principio de preclusión, que para cuanto importa reconocer en este parágrafo, incide sobre la exposición de los hechos, del derecho y de la prueba que las partes puedan incorporar al juicio.

178. Barrios de Angelis, Dante *Audiencia preliminar: sistema y método*, Lex, Buenos Aires, 1988, p. 23.
179. Calamandrei, *Instituciones*..., tomo I, p. 326.

En los hechos la proposición se ejercita para las partes en tres etapas: en la primera, introducen al proceso sus pretensiones y defensas orquestando el juego de cuestiones en litigio; inmediatamente, deben comprobar la verdad y razón de sus respectivas afirmaciones, y finalmente, alegar el mérito de esa actividad cumplida.

La introducción al proceso, o etapa proposicional se caracteriza por el aporte de los hechos y la mención del derecho; la siguiente, se reconoce como una cuestión de "cargas" del propio interés (sin perjuicio de la actividad oficiosa que permiten algunos procedimientos específicos) mediante las que cada parte debe demostrar la relación inmediata de los hechos con el derecho que invocó. Para terminar su ejercicio activo en los alegatos, que son expresiones orales o escritas sobre la ponderación que estima merecen cada uno de los medios de convicción sustanciados.

El principio de preclusión rige cada una de estas etapas, de modo tal que los hechos se incorporan en la oportunidad inicial; la prueba se anticipa o se ofrece antes de su producción porque una vez iniciada la actividad demostrativa no puede regresar (no podrían ofrecerse otras pruebas); y los alegatos son afirmaciones unilaterales donde cada parte pretende persuadir al Juez sobre las razones y pruebas aportadas al proceso.

En el COGEP el artículo 79 recuerda que […]

> Las partes tendrán derecho a presentar de forma libre sus propuestas, intervenciones y sustentos. La o el juzgador concederá la palabra a quien lo solicite y abrirá la discusión sobre los temas que sean admisibles […].

La audiencia, entonces, no es un acto neutral y solemne; permite discutir sin el corset de lo formal; logra de este modo un diálogo en contexto, e instala el mencionado deber de actuar con lealtad, probidad y buena fe al que antes referimos.

Pero también el proceso se instala en la dimensión de la finalidad que persigue, esto es, en alcanzar la verdad, a cuyo fin el quid de este punto consiste en resolver si puede modificarse el criterio rígido del aporte del material de conocimiento permitiendo agregar elementos sutiles de valoración en cualquier etapa anterior a la sentencia.

6.4 Informalismo (técnica del acuerdo negociado)

El informalismo recién enunciado abre con la discusión un diálogo que enmarca posibilidades de actuar fuera del marco de lo dispositivo y la congruencia. En efecto, esta audiencia es cooperativa y con la técnica dispuesta se puede llegar a la negociación.

A través de la audiencia se persigue incorporar la denominada justicia coexistencial, donde el órgano actuante "acompañe" a las partes en su conflicto, orientándolas con su consejo en la búsqueda racional de respuestas superadoras de la crisis.

No existe diversidad antagónica de pareceres enfrentados, como ocurre con el modelo judicial que ve a los litigantes como rivales; se trata de establecer un criterio de equidad social distributiva, como dice Cappelletti, donde lo mas importante es mantener situaciones duraderas entre individuos y grupos, en lugar de zanjar una solución aislada, con rígidas aplicaciones jurídicas de razón y sinrazón[180].

Justicia participativa, conforme un nuevo modelo de orquestación para ofrecer alternativas válidas a los conflictos entre los hombres.

180. Cappelletti, Mauro, *Acceso a la justicia como programa de reformas y como método de pensamiento*, en Revista del Colegio de Abogados de La Plata, nº 41, p. 165, La Plata, 1981; Cfr. Berizonce, Roberto Omar, *El abogado negociador*, comunicación presentada al XVII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Santiago del Estero, 1993.

¿Es un cambio de cultura? creemos que sí, porque requiere de una gran tarea de difusión y demostración de las bondades del modelo, que el tiempo ha producido con hechos y transferido con resultados.

Hay en todo el sistema una estructura fácil de procedimiento, que disuade los formalismos priorizando la comunicación libre entre pensamientos encontrados; esa actitud de apertura mental tiende a descubrir la visión productiva del conflicto[181].

En este contexto tan singular, donde la crisis se atenúa ante el aflojamiento de las tensiones habituales que representa el litigio judicial, encuentra en los abogados otro enfoque y objetivos en la misión mediadora.

Bien señala Berizonce que […]

> El profesional de derecho tiene en las actuales circunstancias la difícil tarea de replantearse sus tradicionales formas de laborar; "debe" procurar componer el conflicto antes de pleitear; ha de perseguir la composición conciliadora; "habrá que dejar de lado actitudes formulísticas, tanto como acostumbrarse a deponer antagonismos estériles y posturas confrontativas inútiles; concentrar los objetivos en la búsqueda y sugerencia de soluciones concretas, razonables y generalmente, de transacción, negociadas. Lo que no implica renunciar o defraudar la defensa de los intereses confiados, ni propiciar la abdicación de los derechos legítimos, sino propugnar desde la parcialidad que representa, formas diferentes, adecuadas, justas y realísticas para los específicos y calificados conflictos que toleran encausamiento por las vías que nos ocupan. No como el partícipe complicado en una justicia minorada, sino en todo caso, como el operador in-

181. Highton, Elena, *Carta de ciudadanía para la mediación*, en Revista Libra, nº 1, Buenos Aires, 1992, p. 19.

dispensable de un método específico y diferenciado de solución de controversias[182].

El modelo desformalizado pensado incorpora otro elemento objetivo para la solución del conflicto. Se trata de ejercer una tarea de saneamiento independiente en los intereses de cada parte. Es decir, la clásica postura enfrentada del proceso judicial, se abandona por una metodología distinta donde el juez se reúne con las partes para ayudarlos a obtener un acuerdo[183].

La flexibilidad de sus métodos permite no atrapar su fisonomía en un dibujo idéntico, pues la materia sobre la que trabaje le indicará las respectivas conveniencias del obrar.

6.5 Comprensión y lenguaje

Toda la audiencia se desarrolla en idioma español (el castellano, en realidad, es una variación del latín, procedente del reino de Castilla, en la península ibérica), y para quienes no conocen el idioma se debe proveer de traductor.

Los servicios de traducción provienen del artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.

> Esta garantía, de no cumplirse, puede vulnerar el debido proceso, tal como ocurre cuando una persona es detenida en un país diferente al de su nacionalidad, y no se le proporciona de inmediato un receptor que le permita conocer las causas, razones y motivos de la detención y la acusación que contra él se formula. La finalidad de esta obligación para el Estado es que el procesado extranjero tenga oportunidad de que autoridades consulares de su nación, mediante el mecanismo que consideren oportuno, le provean un defensor a fin de que su derecho al debido proceso no sea negado. Ello por cuanto probablemente se encuentre en desventaja por diferencias de idioma, desconocimiento del sistema legal, etc. Esa situación es aún más palpable cuando se trata de procesos en que está de por medio la pena capital.

182. Berizonce, Roberto O., *Derecho Procesal Civil Actual*, Platense - Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999, pp. 699 y ss.,
183. Lerer, Silvio, *Los nuevos métodos de solución de conflictos. Los A.D.R. ¿Privatización o mejoramiento de la justicia?*, La Ley, 1994-A, pp. 893 y ss.

El derecho a ser informado en un lenguaje e idioma comprensible debe proporcionarlo el Estado, y cobra relevancia para Ecuador por ser una de las pocas Constituciones que reconoce la diversidad cultural.

Del mismo alcance resulta la traducción a un lenguaje adaptado a la discapacidad funcional que tenga el participante en la audiencia, sea visual, auditiva, sensorial y otras que permitan su inclusión. Lo anterior no obsta para estar acompañados por un intérprete de su confianza dice el artículo 79 del COGEP.

6.6 Simplificación procesal

La síntesis del modelo está en la simplificación de las formas; hacer más sencillo, más fácil o menos complicado un acto jurídico donde intervienen legos y profesionales. Tiene como propósito que el proceso se desarrolle sin tantas ritualidades y formulismos, haciéndolo más ágil y eficiente, logrando así la eficacia del sistema de administración de justicia.

Capítulo X

La Prueba en el Proceso por Audiencias

1. El derecho probatorio

Una de las grandes innovaciones del COGEP anida en el derecho probatorio, asumiendo una variación notable y transformadora en la clásica división sobre la naturaleza de las pruebas y la pertenencia de ellas.

Nos referimos al criterio que sostuvo la naturaleza sustancial de las pruebas, es decir, a ubicar el sentido y forma de ellas en el campo del derecho civil.

El origen de esta afirmación proviene de los Códigos Civil francés de 1804 y del Procesal de 1806, donde se pueden diferenciar normas materiales relativas a la admisibilidad de las pruebas y a su valoración; y rituales o adjetivas destinadas a la pura actividad.

Afirma Montero Aroca que […]

> "Esta distinción no tenía un simple valor teórico, pues afectaba nada menos que a la determinación de la norma aplicable, bien cuando intervienen elementos extranjeros en el proceso, bien cuando hay problemas de aplicación de la norma en el tiempo. Así lo relativo a la admisión y a la valoración de la prueba debía regirse por la ley personal de las partes, o para la determinación del valor de un acto jurídico debía estarse a la ley en vigor en el momento de la realiza-

> ción del acto, aunque hubiera sido derogada, mientras que el procedimiento probatorio quedaba siempre bajo la ley procesal, esto es, la ley del foro nacional del juez, la vigente en el momento del proceso"[184].

Esta línea marcó los arquetipos posteriores al punto de incidir en la legislación hispano americana a través de la Ley de Enjuiciamiento Civil española y del propio Código Civil. Vale decir, la legislación procesal siguió este rumbo de considerar los presupuestos de validez de los medios de prueba a través de las leyes de fondo, y relegar al espacio del proceso el problema de la práctica.

En general, la pauta del legislador francés, especialmente Pothier, fue adoptar las normas sobre prueba en el terreno de las obligaciones, poniendo en cabeza del sujeto un cúmulo de necesidades de verificación desde la cual el medio aprobaba su aplicación a la relación jurídica.

> Esta división que se podría aceptar en el common law, porque distingue repetidamente la substance de la procedure, no fue tolerada por Allorio[185] si bien se justificó la discre-

184. Montero Aroca, Juan, *Nociones generales sobre la prueba (entre el mito y la realidad),* en Cuadernos de Derecho Judicial –La prueba–, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, pp. 18/19.

185. "Se tiene a veces la impresión, al observar algunas manifestaciones exteriores (y algunos oropeles), de la ciencia del derecho en Francia y en los países anglosajones, que ser hombre de la ciencia del derecho no importe, en esos ambientes, un empeño de dedicación total al progreso de esta particular ciencia, sino más bien un especial modo de lograr un cierto grado de respetabilidad social con mucho rigor y talante formal, en el porte y en los dichos y los escritos, con gran cuidado de perfección didáctica, mas no se sabe cuán concienzudamente respondiente a exigencias más profundas, en otras partes satisfechas. Prevalecen en la ciencia francesa el sentido de la autoridad y lo que Julien Bonnecase llama el *respeto de los Pontífices*, no solamente característico de la Escuela de la Exégesis del Ochocientos, sino de toda la orientación francesa… El mismo hábito deductivo cartesiano del espíritu francés fue nocivo para el desenvolvimiento de nuestro método. El sistema legislativo, teniendo como eje el Código Napoleón, fue considerado por los escritores franceses como una serie de postulados a desarrollar mediante

> pancia suavizando la crisis que apuntó el maestro italiano. En este aspecto fue Denti el que dijo que […] "al fin, y a la postre, el verdadero criterio de distinción parece ofrecerlo, más que la consideración de la naturaleza de las situaciones jurídicas disciplinadas por las normas, la investigación en torno a las finalidades de la política legislativa que rige las diversas formas de tutela y las consecuencias que derivan de la elección en un sentido y en otro para alcanzar esas finalidades… Antes de distinguir entre substance y procedure, es bueno recordar que precisamente un autor citado a menudo (Chiovenda) como asertor de criterios racionales de distinción y en particular como asertor de la procesalidad de las reglas probatorias, se ha referido a un análisis teleológico de las finalidades de la norma, afirmando que las normas relativas a las pruebas tienen o no naturaleza procesal […] según sean determinadas o no por razones procesales, o sea estuvieran inspiradas en la consideración que haga el legislador, de los objetivos, intrínsecamente publicísticos, del proceso civil"[186].

En el COGEP se define el anuncio probatorio pero queda a expensas de la audiencia preliminar la fijación de cuanto será materia de confirmación y verificación, permitiendo a cada juez resolver sobre ellas, en tanto y cuanto no impidan ni cercenen la efectividad y dinámica creada por las leyes de fondo. La peculiaridad admite cierto predominio de las normas sustantivas sobre las procesales, al regular la actividad aunque no se refieran al significado que tienen sobre la decisión judicial.

Esta afirmación no puede soslayar el impacto que tiene en Ecuador la justicia constitucional especializada, porque desde

---

procedimiento euclideano. Y, en efecto, la ciencia legal, en su aspecto (precisamente) deductivo, establece y desenvuelve como postulados las normas, consideradas no como cánones de conducta, sino en su aspecto ontológico, expresiones de *ser*, no de *debe ser*" (Allorio, Enrico, *Problemas de Derecho Procesal,* Tomo I, Ejea, Buenos Aires, 1963, p. 18).

186. Denti, Vittorio, *Estudios de derecho probatorio*, trad. Santiago Sentís Melendo y Tomás A. Banzhaf, Ejea, Buenos Aires, 1974, p. 54.

su jurisprudencia se pueden encontrar líneas definitorias para la producción, control y eficacia de las pruebas.

Precisamente con la intención de dar a la actividad probatoria un rol más importante, los avances han ponderado aspectos diferentes de ella, como fueron las potestades del juez en esta etapa, las obligaciones de las partes en la misma, y el valor justicia imperante en la producción de los medios. De esta manera el tema probatorio está incluido en los estudios del debido proceso[187], y su negación se configura como causal de arbitrariedad de la sentencia. Es más, hoy sin discusiones, se habla de un derecho constitucional a la prueba.

> Pico i Junoy estudia el principio y sostiene que, el derecho a la prueba es aquél que posee el litigante consistente en la utilización de los medios probatorios necesarios para formar la convicción del órgano jurisdiccional acerca de lo discutido en el proceso […] El carácter subjetivo del derecho a la prueba se manifiesta en que su ejercicio requiere la voluntad de una de las partes, pues éstas son las que tienen el poder de proponer el medio probatorio que pretenden sea admitido, practicado y valorado judicialmente. En consecuencia, el derecho a la prueba implica, en primer lugar, el derecho a que se admita toda aquella prueba que, propuesta por alguna de las partes, respete los límites inherentes a la actividad probatoria y los debidos a los requisitos legales de proposición. En segundo lugar, supone que el medio probatorio sea practicado, pues, en caso contrario, estaremos en presencia de una denegación tácita del mencionado derecho…[…] Por último, debemos destacar que el derecho a la prueba puede, en ocasiones, alcanzar a las diligencias para mejor proveer…En consecuencia, el derecho a la prueba no supone, a priori, un derecho a la realización de las diligencias que, para mejor proveer, soliciten las partes […] En último término, el derecho a la prueba conlleva que el medio probatorio admitido y practicado sea valorado por el órgano jurisdiccional (valoración motivada que tiene lugar en la sentencia) ya que, en caso contrario, se le estaría sustrayendo toda su virtualidad y eficacia[188].

187. Gozaíni, Osvaldo A., *Derecho Procesal Constitucional - Debido Proceso,* Rubinzal Culzoni, Buenos Aires / Santa Fe, 2004, pp. 337 y ss.

2. Derecho constitucional a la prueba

El derecho constitucional a la prueba se releva de la preponderancia que toma la actividad dirigida por las partes, en la medida que con ella se fijan los hechos que el juez deberá considerar al tiempo de dictar sentencia. La prueba se convierte así en una pieza clave dentro del engranaje de todos los procedimientos. Ahora, como la etapa de prueba es formal y reglada, lo que no significa que los límites impuestos puedan socavar el derecho a defenderse, se ha encontrado necesario vincular la prueba con el derecho de defensa en juicio, para desde allí referir a la constitucionalidad propia de la prueba.

Básicamente el derecho consiste en admitir todas las pruebas que sean lícitas y pertinentes, y en poder practicarlas. Se trata de hilvanar la propuesta con la producción, y en materia penal se hace extensivo a criterios abiertos que actúan como complementos de la prueba, como los indicios y las presunciones. Por eso, cuando uno refiere al derecho fundamental (constitucional) a la prueba, realiza un esfuerzo de síntesis en lo que significa ofrecer, probar, persuadir y obtener un resultado por la tarea de convencer probando.

Significa tanto como advertir que la búsqueda de la verdad que permita dictar una sentencia ajustada a hechos ciertos, debe celebrarse en el interés común de todos los operadores jurídicos y no, solamente, como el producto de satisfacción entre litigantes enfrentados. Por tanto, la garantía opera como salvaguarda del

188. Pico i Junoy, Joan, *El derecho a la prueba en el proceso civil,* Bosch, Barcelona, 1996, pp. 16 y ss.

derecho de defensa, al establecer principios de naturaleza superior a las simplemente adjetivas o rituales, como son las de impedir que se apliquen en la sentencia hechos que no están probados, o que se valoren hechos inexistentes, o en su caso, que se consideren pruebas ilegítimas o que no hayan tenido control bastante o suficiente de la parte contra quien se oponen.

En consecuencia, el derecho constitucional a la prueba es un derecho que transita por una avenida de doble mano: por una vía, acompaña el interés del Estado, representado en el juez, para lograr certeza suficiente y sentenciar sin dudas razonables; por otra, recorre el interés de las partes para que la actividad probatoria responda a consignas invariables: libertad de la prueba; control de las partes; producción específica; y apreciación oportuna y fundamentada.

> Para Morello, la posibilidad de desembocar en el deseado acertamento de la verdad de los hechos conducentes (hechos alegados por las partes o para algunos integrados por la contribución activa del juez), se ha de manejar (o debe estar en flexible disposición del litigante) un procedimiento que facilite o concurra al logro de esa "verdad". Son factores necesarios u oportunos para la eficacia de tal mecanismo, entre otros que se predican a esos propósitos y representan líneas de tendencias: a) La reducción de las reglas de exclusión de los medios de prueba; b) la introducción de instrumentos que aseguren la adquisición de la prueba; c) la extensión del poder de iniciativa instructoria del juez; d) la adopción de un método eficaz para la asunción y práctica de la prueba, y e) el criterio de libre valoración de la prueba[189].

Falcón dice el régimen relativo a la prueba no es de origen constitucional, sino meramente legal –pues la Constitución nada prescribe de modo específico a su respecto–, sin embargo los principios generales del proceso, y en particular, los principios de bilateralidad de la audiencia y el de adquisición sí lo son […]

189. Morello, Augusto Mario, *La prueba. Tendencias modernas,* Platense - Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1991, pp. 177 y ss.

> "de manera que la prueba no está fuera del campo constitucional, porque constituye un elemento esencial del proceso y debe responder a las garantías de éste en un sistema republicano y democrático. Pero a su respecto no se puede sustentar una objeción de inconstitucionalidad con relación al sistema adoptado en un caso dado por el legislador, a menos que él fuera claramente irrazonable y pusiera a los interesados en imposibilidad o en grave dificultad de defender sus derechos"[190].

En suma, la idea que aflora de estos conceptos se concreta al sostener que, el proceso no debe conducirse en términos estrictamente formales con menoscabo del valor, justicia y garantía de la defensa en juicio y por ello, no debe desentenderse a la verdad jurídica objetiva de los hechos que de alguna manera aparecen en la causa como decisiva relevancia para la pronta decisión del litigio.

3. La prueba y el derecho a la verdad

De alguna manera, esta tendencia consolida la buena doctrina que explica la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando instala en el campo de la prueba, la obligación de no privar a las partes (y a su descendencia directa e indirecta) el derecho a saber la verdad (cfr. Casos Niños de la Calle y Barrios Altos), que es una proyección inmediata del carácter fundamental del derecho a la prueba.

Se desprende de la jurisprudencia que llega de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que la noción y esencial de

190. Falcón, Enrique M., *Tratado de la prueba,* tomo I, Astrea, Buenos Aires, 2008, p. 283.

la prueba se integra en el campo del debido proceso. Éste, en la OC/16 quedó definido con estos términos […]

> "Es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad con otros justiciables. Al efecto, es útil recordar que el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal" (párr. 117).

En otras oportunidades, la Corte manifestó que la existencia de verdaderas garantías judiciales requiere que en éste se observen todos los requisitos que "sirvan para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho" (OC-8/87, párr. 25), es decir, las "condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial" (OC-9/87, párr. 28)".

> Sergio García Ramírez, en la citada Opinión Consultiva OC-16 señaló que […] "lo que conocemos como el 'debido proceso penal', columna vertebral de la persecución del delito, es el resultado de esta larga marcha, alimentada por la ley, la jurisprudencia –entre ella, la progresiva jurisprudencia norteamericana– y la doctrina. Esto ha ocurrido en el plano nacional, pero también en el orden internacional. Los desarrollos de los primeros años se han visto superados por nuevos desenvolvimientos, y seguramente los años por venir traerán novedades en la permanente evolución del debido proceso dentro de la concepción democrática de la justicia penal […]. Los derechos y garantías que integran el debido proceso -jamás una realidad agotada, sino un sistema dinámico, en constante formación- son piezas necesarias de éste; si desaparecen o menguan, no hay debido proceso. Por ende, se trata de partes indispensables de un conjunto; cada una es indispensable para que éste exista y subsista. No es posible sostener que hay debido proceso cuando el juicio no se desarrolla ante un tribunal competente, independiente e imparcial, o el inculpado desconoce los cargos que se le hacen, o no existe la posibilidad de presentar pruebas y formular alegatos, o está excluido el control por parte de un órgano superior".
> "La ausencia o el desconocimiento de esos derechos destruyen el debido proceso y no pueden ser subsanados con la pretensión de acreditar que a pesar de no existir garantías de enjuiciamiento debido ha sido justa la sentencia que dicta el tribunal al cabo de un procedimiento penal irregular. Considerar que es suficiente con lograr un resultado supuestamente justo, es decir, una sentencia conforme a la conducta realizada por el sujeto, para que se convalide la forma de obtenerla, equivale a recuperar la idea de que 'el fin justifica los medios' y la licitud del resultado depura la ilicitud del procedimiento. Hoy día se ha invertido la fórmula: 'la legitimidad de los medios justifica el fin alcanzado'; en otros términos, sólo es posible arribar a una sentencia justa, que acredite la justicia de una sociedad democrática, cuando han sido lícitos los medios (procesales) utilizados para dictarla.
> "Si para determinar la necesidad o pertinencia de un derecho en el curso del proceso –con el propósito de determinar si su ejercicio es indispensable o dispensable– se acudiese al examen y a la demostración de sus efectos sobre la sentencia, caso por caso, se incurriría en una peligrosa relativización de los derechos y garantías, que haría retroceder el desarrollo de la justicia penal. Con este concepto sería posible –y además inevitable– someter al mismo examen todos los derechos: habría que ponderar casuísticamente hasta qué punto influyen en una sentencia la falta de defensor, la ignorancia sobre los cargos, la detención irregular, la aplicación de torturas, el desconocimiento de los medios procesales de control, y así sucesivamente. La consecuencia sería la destrucción del concepto mismo de debido proceso, con todas las consecuencias que de ello derivarían.
> "Al emitir ese Voto examiné (dice García Ramírez) las consecuencias que pudiera acarrear el vicio grave del procedimiento sobre el proceso en su conjunto y la sentencia que se dicta en éste. Al respecto, dije que la violación del proceso

"trae consigo las consecuencias que necesariamente produce una conducta ilícita de esas características: nulidad y responsabilidad. Esto no significa impunidad, porque es posible disponer la reposición del procedimiento a fin de que se desarrolle de manera regular. Esta posibilidad es ampliamente conocida en el derecho procesal y no requiere mayores consideraciones"[191].

En la sentencia correspondiente al Caso Kawas Fernández vs. Honduras, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 3 de abril de 2009, el tribunal adopta el criterio del derecho a la prueba, consolidado en sus precedentes, y afirma que la prueba es un deber del Estado que tiene que investigar los donde una víctima pierde la vida. Cuando ello no sucede se viola el debido proceso, sin que sean justificantes los errores, extravíos, demoras e insuficiencias de la investigación practicada.

Se renueva el derecho a la verdad, y cuando se trata sobre violaciones a derechos humanos, es contundente al afirmar que el Estado debe analizar con el mayor cuidado las pruebas disponibles para establecer la existencia de cierta conducta activa u omisiva (atribuible a agentes del Estado o a terceros cuyo comportamiento es imputable al éste) y el nexo existente entre aquélla y el resultado violatorio de derechos humanos. En esas pruebas se sustentará la decisión judicial.

Es verdad que la Corte Interamericana, habida cuenta de su competencia material y de la misión que le incumbe para la protección de los derechos humanos, no debe sujetarse mecánicamente a los criterios de admisión y valoración de pruebas que prevalecen en el orden penal interno; toda vez que no tiene a su cargo una función penal, y puede y suele aceptar y analizar con mayor libertad los medios de convicción que se le allegan o que ordena motu proprio.

191. Voto razonado de Sergio García Ramírez en OC 16/ *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16.

Ahora bien, sostiene García Ramírez[192] que lo anterior no implica que se relativice o reduzca la exigencia probatoria que constituirá –con el correspondiente razonamiento lógico y jurídico– el fundamento de las afirmaciones sobre hechos violatorios de derechos fundamentales, responsabilidad internacional del Estado y consecuencias jurídicas derivadas de aquéllos y de ésta. La propia Corte –tribunal de Derecho– se refiere constantemente a las reglas de sana crítica que conducen sus apreciaciones en materia probatoria.
Por ello repite que […] "a este respecto no difiere de la que tiene cualquier juzgador que enfrenta la enorme responsabilidad de analizar hechos, no siempre evidentes ni suficientemente acreditados a través de pruebas concluyentes, y adoptar graves determinaciones a partir del material probatorio disponible, adecuadamente valorado. El juzgador se ve en la necesidad de afrontar dudas que naturalmente surgen en el curso del examen que realiza. La solución de estos dilemas reside en la prueba: sólo así se remonta la duda. Cuando hablo de prueba, me refiero, por supuesto, a medios de convicción –empleo deliberadamente esta palabra: convicción– suficientes para persuadir al juzgador que emite una condena: "prueba suficiente". No digo condena penal; digo, simplemente, condena que se explica en virtud de la comprobación –"convincente"– de ciertos hechos ilícitos, resultado de la actuación, asimismo comprobada, de determinado agente. Obviamente, no pretendo que todos los hechos sujetos a juicio queden establecidos a través de documentos oficiales e indubitables, testimonios unívocos y fidedignos o dictámenes irrefutables. Sería pueril. Acepto la posibilidad y la eficacia de medios indirectos de prueba, a condición de que trasciendan el lindero –a menudo impreciso y elusivo– que separa la prueba suficiente de los datos que no poseen, por sí mismos, esta calidad indispensable.
"Desde luego, la convicción es estrictamente personal. Reconozco que cada quien puede llegar a sus propias conclusiones, con absoluta probidad intelectual y serenidad de conciencia, y que éstas merecen respeto y consideración, no menores que las que pudieran recibir las conclusiones de

192. Voto razonado de Sergio García Ramírez, con respecto a la sentencia de la Corte IDH en el caso "*Kawas Fernández vs. Honduras",* del 3 de abril de 2009.

signo contrario. Una diferencia de opinión no significa reproche, como lo he manifestado en todos mis votos personales […] La insuficiencia de prueba por lo que respecta a algún extremo de los hechos alegados es sólo eso: insuficiencia. No es, ni remotamente, exoneración".

4. Objeto de la prueba en el COGEP

La prueba procesal es un concepto distinto al que supone la etimología de la "voz". Por lo común, todo individuo tiene criterio formado acerca de qué es la prueba: Probar es verificar, confirmar, demostrar, etc. Es este un concepto suficiente acotado desde un dato tuitivo[193]. A partir de esta definición inequívoca se colige, entonces, que la prueba es una actividad, porque para llegar a demostrar, verificar, etc. resulta necesaria cierta dinámica ejercida en tal sentido.

Inmediatamente se observa algo más: la actividad probatoria necesita de medios que la hagan posible. Estos elementos son los que permiten su realización, y el resultado que alcanzan sólo puede valorarse desde la perspectiva del juez que les da lectura. La apreciación de la prueba se convierte así en otro punto de trascendencia temática.

En la base de estas cuestiones esta el interés de las partes: alguien que reclama un derecho fundado en la norma sobre la cual asienta su proposición; frente a otro que le opone hechos en contrario o simples negaciones que obligan a un laboreo de confrontación y análisis. Bien apunta Serra Domínguez que la prueba requiere siempre dos términos: la proposición a probar y aquella mediante la cual se prueba[194].

193. Ramos Méndez, Francisco, *Derecho procesal civil,* tomo I, Bosch, Barcelona, 1990, p. 256.

194. Serra Domínguez, Manuel, *Estudios de derecho procesal*, Ariel, Barcelona, 1969, p. 356.

Cada interés activa un compromiso particular: sólo quien formula un hecho y afirma su realización, está obligado a demostrarlo (carga de la prueba). La técnica probatoria demuestra porqué la prueba es el meollo de todo litigio, al punto de razonarse que los juicios se ganan y se pierden según sea el resultado de la prueba.

Después habrá que ver si el objeto a demostrar o verificar son los hechos o las afirmaciones de las partes, pero en lo inmediato, la conclusión es que la prueba es un concepto esquivo que esconde tras su simpleza idiomática un complejo entramado de roles, funciones y objetivos, donde la actividad de las partes y del juez están plenamente ocupadas.

Por ejemplo, el artículo 158 con el título finalidad de la prueba, dispone que […]

> La prueba tiene por finalidad llevar a la o al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias controvertidos.

El encuadre del COGEP trae un problema mayor porque "probar" a través de la verificación, confirmación, demostración, persuasión, entre otros conceptos posibles, no suponen todos lo mismo. Por lo cual, el siguiente interrogante es saber si el objeto preciso de la prueba es reconstruir los hechos para saber la verdad.

Si la respuesta fuera afirmativa, podríamos sostener que es un plan muy ambicioso, desde que constatados los resultados de un proceso cualquiera, es posible encontrar que con la sentencia sólo se llega a confirmar una versión muy aproximada a lo que realmente sucedió. Esta deficiencia descubre la utopía de los principios que entronizan la verdad como fin del proceso, para comenzar a distinguir entre una verdad formal y otra verdad material, distinta a la que propició Mittermaier cuando describió los sistemas probatorios.

> Guasp, desde esta duplicidad, orienta dos posiciones para la prueba. Una primera, de carácter sustantivo o material, que mira a la actividad probatoria como una proposición tendiente a demostrar la existencia o inexistencia de un hecho, la verdad o falsedad de una afirmación. La segunda, de carácter formal refiere sobre la imposibilidad práctica de alcanzar aquel ideal, sosteniendo, entonces, que la prueba se configura como un mecanismo de fijación formal de los hechos procesales[195].
>
> Carnelutti ensayó una definición parecida, al sostener que […] "por proceso probatorio se entiende el proceso para la posición del hecho controvertido según la realidad, y así no puede llamarse a ningún proceso cuyo régimen jurídico prohíba asignarle ese resultado riguroso; o bien por proceso probatorio se entiende el proceso para la posición del hecho controvertido según una fijación normal, y así debe denominarse a todo proceso cuya regulación jurídica lleve a ese resultado, sea cual fuere la manera como este construida"[196].

La consistente doctrina de este último, aumentada en fundamentos cuando en gráfica argumentación dijo que la verdad es como el agua, o es pura, o no es verdad; parece cobrar fuerza determinante para lograr el convencimiento y consensuar una interpretación común. Sin embargo enfocada la cuestión, se recorta en demasía la función dogmática de la prueba. Si fuera cierta la afirmación de Carnelutti, toda la actividad probatoria quedaría limitada a los hechos controvertidos; descartando la influencia de los sucesos que resultan reconocidos o admitidos, los que con igual entidad incorporan argumentos de convicción.

Para evitar el enfrentamiento conceptual entre verdades formales y materiales, Guasp propuso ver en la prueba una actividad dirigida a convencer psicológicamente al juez con respecto a la existencia o inexistencia, veracidad o falsedad de una afirmación. Concluía así que […]

195. Guasp, *Derecho Procesal Civil*, cit., p. 345.
196. Carnelutti, *La Prueba Civil*, cit., p. 24.

> "La prueba será, por lo tanto, el acto o serie de actos procesales por los que se trate de convencer al juez de la existencia o inexistencia de los datos lógicos que han de tenerse en cuenta en el fallo"[197].

Esta es una afirmación correcta, pero excesiva en los alcances que le confiere, porque en realidad, toda la actividad humana que participa en el proceso genera situaciones que enlazan demostraciones, certezas, convicciones, etc., que inciden en el ánimo del juez. Cada uno de ellos repercute con intensidad variada y desigual reproducción en el hecho que el juez vivencia como pasado, de modo tal que el conocimiento definitivo tiene más de certeza que de verdad.

Emplazados en la verdad como objetivo, deja en pie cómo conseguir esta meta. Para algunos el único camino es el que marcan los hechos; pero éstos no se prueban porque ya existen; son circunstancias de la realidad que se han producido. Otros afirman que el objeto probatorio está en las afirmaciones de las partes, que refieren a ciertos hechos. En tercería, Carnelutti procuró conciliar ambas posiciones, destacando un objeto mediato (los hechos) y un objeto inmediato (las afirmaciones)[198].

> Morello relativiza la cuestión en estos términos […]: "lo que importa es que, se llamen hechos o afirmaciones de las realidades que deben probarse, la actividad específica encaminada a ese fin ha de versar sobre el contenido de las alegaciones de las partes, como lógica y necesaria consecuencia del principio dispositivo, sin otras limitaciones que las referidas a los hechos secundarios y a determinados hechos, relativos a los presupuestos procesales que el juez conoce de oficio, así como a aquellos hechos que legalmente están exentos de prueba (a partir de que el proceso es una realidad dinámica; se va haciendo)"[199].

197. Guasp, *Derecho Procesal Civil*, cit., p. 345.
198. Carnelutti, *Sistema…*, tomo II, cit., p. 450.
199. Morello - Sosa - Berizonce, *Códigos procesales…,* tomo V-A, cit., p. 10.

> Devis Echandía, agrega que […] "por objeto de la prueba debe entenderse lo que se puede probar, en general, aquello sobre lo que puede recaer la prueba; es una noción puramente objetiva y abstracta, no limitada a los problemas concretos de cada proceso, ni a los intereses o pretensiones de las diversas partes, de idéntica aplicación en actividades procesales y extraprocesales, sean o no jurídicas, es decir que, como la noción misma de la prueba, se extiende a todos los campos de la actividad científica e intelectual"[200].

Inmersa en tanta confusión, la prueba se debate en busca de coincidencias. Pensamos que ellas pueden encontrase a partir de esta última doctrina. Es decir, emplazar la prueba en un concepto general que capitalice todo el derecho, y delimitar, otra vertiente, en la prueba que se ubica en el derecho procesal. En el primer sentido, la prueba se constituye como disciplina que tiende a verificar hechos y actos jurídicos con implicancias y consecuencias para el Derecho. Sería la disciplina que se estudia como "Derecho Probatorio".

Su formulación genérica permite tener como cierta la existencia de tal o cual suceso cuando coinciden los presupuestos que requiere su expresión en derecho. En consecuencia, como apunta Palacio, pueden ser objeto de prueba tanto los hechos del mundo exterior (provengan de la naturaleza o de la acción del hombre), cuanto los estados de la vida anímica humana (v.gr.: la intención, la voluntad, determinado conocimiento, la conformidad tácita, etc.) [201].

Trasladado el concepto al campo judicial se pierde la mentada generalidad, porque la prueba se ocupa, ahora, de hechos y actos jurídicos que las partes afirman o niegan, y que han de ser verificados por ellas para fomentar la convicción del juez

200. Devis Echandía, Hernando, *Compendio de las pruebas judiciales*, Tomo I, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1984, p. 89.

201. Palacio, Lino E., *Derecho Procesal Civil*, tomo IV, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1979, p. 234.

acerca de la razón que esgrime cada una de las posturas en conflicto.

Como se aprecia, el fin de la prueba judicial será encontrar la verdad o certeza de las alegaciones, a cuyo efecto el objeto de la prueba reposa en ellas (afirmaciones o negaciones) y, aun así, será posible constatar que las mismas afirmaciones encubren casi siempre un juicio de valor que mediatiza el puro hecho[202].

La forma como se realiza esta actividad de demostración introduce un capítulo distinto que se preocupa en abordar varios frentes. Uno de ellos es el rol que tiene el juez en la etapa probatoria para deducir el concepto auténtico que se signa al término "verdad procesal" (art. 160 primer párrafo, COGEP). Inmediatamente, observamos que el destinatario de nuestros esfuerzos, tendrá que llegar a cierta convicción para dictar sentencia; para recalar, finalmente, en otra diatriba, ¿qué es lo que debe probarse?

Así continúa el objeto de la prueba en una significativa ambigüedad. En efecto, si como dijimos al principio, el "objeto reposa en las alegaciones", en realidad no son todas las alegaciones, porque sólo requieren demostración los hechos que estuviesen controvertidos y fueran conducentes para resolver el tema central del proceso.

> Art. 162.- Necesidad de la prueba. Deben probarse todos los hechos alegados por las partes, salvo los que no lo requieran. La parte que invoque la aplicación del derecho extranjero o disienta de ella presentará la certificación del agente diplomático sobre la autenticidad y vigencia de la ley.

La respuesta para esta aparente contrariedad se explica tomando como principio que, objeto de prueba, son las alegaciones, esto es, todos los hechos que cuentan con una versión a

202. Ramos Méndez, *Derecho Procesal Civil*, cit., p. 531.

verificarse mediante el procedimiento probatorio. Las cortapisas resultantes de los hechos excluidos de prueba, ocupan al tema de la necesidad de ella, porque ciertas afirmaciones pueden estar consentidas o admitidas y, en consecuencia, escapan de la actividad.

Esta cuestión contrae otro contingente que resulta la carga de la prueba, o "lo que cada parte tiene interés en probar para obtener éxito en el proceso"[203].

> Art. 169.- Carga de la prueba. Es obligación de la parte actora probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en la demanda y que ha negado la parte demandada en su contestación. La parte demandada no está obligada a producir pruebas si su contestación ha sido simple o absolutamente negativa; pero sí deberá hacerlo si su contestación contiene afirmaciones explícitas o implícitas sobre el hecho, el derecho o la calidad de la cosa litigada. La o el juzgador ordenará a las partes que pongan con anticipación suficiente a disposición de la contraparte, la prueba que esté o deba estar en su poder, así como dictar correctivos si lo hace de manera incompleta. Cuando se trate de derechos de niñas, niños y adolescentes, en materia de derecho de familia y laboral, la o el juzgador lo hará de oficio en la audiencia preliminar. […].

En síntesis, el objeto de la prueba consiste en un proceso de constatación y confrontación que demuestra la existencia real de un hecho o acto jurídico. Cuando esa actividad se transfiere al proceso judicial, el objeto se limita a las alegaciones que las partes afirman o niegan como soportes de sus respectivas pretensiones.

Como el juez, es un tercero imparcial en la litis, no debe investigar supliendo el interés particular (carga) de cada sujeto, pero teniendo siempre en mira que no debe eludir la búsqueda de la verdad.

203. Devis Echandía, *Compendio…*, tomo I, cit., p. 90.

5. Necesidad probatoria

La prueba es necesaria cuando los hechos constitutivos de la relación procesal requieren ser verificados ante la diversidad de versiones llegadas al proceso en los escritos de postulación y réplica. Además, no cualquier hecho se prueba, sino los que sean útiles y conducentes para lograr un resultado probatorio; el requisito es que estén incorporados al proceso, sin posibilidad de llegar a ellos por vía de inferencia o deducción[204].

El artículo 161, anuncia con el título conducencia y pertinencia de la prueba, aquella que es apta para demostrar los hechos que se alegan en cada caso. La prueba deberá referirse directa o indirectamente a los hechos o circunstancias controvertidos.

Inmediatamente se enmarca la necesidad probatoria dentro de los hechos alegados, salvo los que no tuvieran ese requerimiento.

De todo ello se colige que, en virtud del principio dispositivo que rige en esta materia, el objeto de la prueba se restringe a los hechos afirmados por los litigantes en la debida oportunidad procesal, toda vez que los que no han sido alegados, no pueden ser objeto de acreditación y, por ende, también está vedado al juzgador investigar su existencia. Además, los hechos sobre los que debe recaer la actividad probatoria tienen que invocarse, inexcusablemente, en los escritos constitutivos del proceso o

204. Para Devis Echandía, por necesidad o tema de la prueba (*thema probandum*) debe entenderse lo que en cada proceso debe ser materia de la actividad probatoria, esto es, los hechos sobre los cuales versa el debate o la cuestión voluntaria planteada y que deben probarse, por constituir el presupuesto de los efectos jurídicos perseguidos por ambas partes, sin cuyo conocimiento el juez no puede decidir; es también una noción *objetiva*, porque no se contempla en ella la persona o parte que debe suministrar la prueba de esos hechos o de alguno de ellos, sino en general el panorama probatorio del proceso, pero *concreta* porque recae sobre hechos determinados (*Teoría General de la Prueba Judicial,* tomo I, cit., p. 142).

bien aducidos y admitidos oportunamente como hechos nuevos.

La necesidad de prueba en el sistema procesal del proceso por audiencias trae complicaciones a este enunciado, porqué debaten dos líneas argumentales que pueden considerarse enfrentadas.

En efecto, el artículo 160 del COGEP en cuanto corresponde, sostiene que el juzgador dirigirá el debate probatorio con imparcialidad y estará orientado a esclarecer la verdad procesal. Este es un concepto abierto, a tenor de lo expuesto en el capítulo VII de esta libro, de modo tal que habrá que considerar el párrafo siguiente, donde se establece que: "En la audiencia preliminar la o el juzgador rechazará de oficio o a petición de parte la prueba impertinente, inútil e inconducente".

Con este piso de marcha, surgen dos posibilidades. Aquellos que sostienen que los hechos controvertidos no son una mera tarea de cotejo entre manifestaciones, sino un poder del juez para resolver cuál es la actividad que se debe cumplir; frente a otros, que resisten dicho poder probatorio (aunque sea de proveimiento), con el argumento que se restringe la libertad y se recorta el derecho de defensa en juicio.

La incógnita queda abierta, pero surge cierta ambivalencia entre los artículos 165 (Derecho de contradicción de la prueba) junto al 166 (Prueba nueva) con relación al artículo 168 que dice […]

> Art. 168.- Prueba para mejor resolver. La o el juzgador podrá, excepcionalmente, ordenar de oficio y dejando expresa constancia de las razones de su decisión, la práctica de la prueba que juzgue necesaria para el esclarecimiento de los hechos controvertidos. Por este motivo, la audiencia se podrá suspender hasta por el término de quince días.

Dicho esto pensando que ocurriría si al cierre de la etapa probatoria el juez considera que hay insuficiencia probatoria ¿puede disponer medidas complementarias de prueba cuándo la limitación probatoria fue por él dispuesta?

La doctrina argumenta que […]:

> "En el examen de esta cuestión hay que partir de las posiciones doctrinales y jurisprudenciales, tener presente su ubicación sistemática en el proceso y delimitar el alcance de la expresión legal para enumerar los supuestos en los que, el juez podrá poner de manifiesto la insuficiencia probatoria. De otra parte, hay que analizar si esta advertencia ha de realizarse a la parte a la que le incumbe la carga de la prueba del hecho, y si hay que distinguir los supuestos en que las partes actúen asistidas de letrado de aquellos otros en que comparecen sin esta asistencia, así como si puede vulnerarse la imparcialidad del órgano judicial o éste puede perder su condición de tercero"[205].

La resistencia a la norma se observa en varias líneas. Los que apuntan que no se puede disponer medidas probatorias cuando el juez no conoce bien el proceso ni puede adivinarse el resultado de las pruebas propuestas; porque el momento sería cuando tiene que pronunciar el fallo, no antes.

De considerar que hay insuficiencia probatoria estaría prejuzgando, por lo cual existe, a criterio de otros, un manifiesto error haber introducido este precepto, completamente innecesario, toda vez que se trata de un momento procesal claramente inoportuno –ya que no es fácil que el juzgador, en este instante, pueda saber que extremos van a quedar acreditados, y cuáles

205. Hernández Redondo, José Antonio, *Art. 429, I y II Lec ¿Es el momento adecuado para que el juez valore la insuficiencia probatoria?,* en "Problemas actuales de la prueba civil", obra coordinada por Xavier Abel Lluch y Joan Pico i Junoy, AA.VV., Bosch, Barcelona, 2005, p. 279.

son las pruebas necesarias para ello–, que lo coloca al juez en el lugar de una de las partes[206].

Igual oposición tiene Montero Aroca cuando considera que lo pretendido por los reformadores era atribuir al tribunal plenas facultades probatorias, asumiendo con ello […] "el mito del juez que debe buscar la llamada verdad material, mito que está inmerso en la más rancia concepción autoritaria del Estado, concepción que incluso puede calificarse de totalitaria"[207].

De todas formas, la necesidad de prueba se vincula con la posibilidad de juzgar sobre la razón de las afirmaciones. Si no hay prueba no existe posibilidad de sentencia favorable, hecha la excepción de aquella documental que llega al proceso con la demanda y que, por sí sola, es bastante para confirmar el derecho que se pretende.

Como síntesis, y explicación de cuanto se expresa, cabe recordar los fundamentos […]

> En cuanto a la prueba, el proyecto pretende simplificar lo más posible los procedimientos, de forma que los medios probatorios sirvan efectivamente para aportar en la decisión de la o del juzgador para resolver el caso. Esto de ninguna manera afecta el derecho a la defensa, por el contrario, se otorga la mayor amplitud al derecho de presentar pruebas a cada una de las partes procesales, pruebas que serán evaluadas dentro de los principios generales de contradicción, oportunidad y pertinencia. La obligación de anunciar la prueba en la demanda y la contestación a la demanda, facilita la determinación temprana del grado de contradicción en los hechos que se alegan. También permite el conocimiento de la prueba aportada por la contraparte, los términos de la confrontación jurídica, para asumir estrategias que eviten controversias judiciales, viabilizar acuerdos y posibilitar allanamientos sin mayores costos y en el menor tiempo.

206. Sacristán Represa, Guillermo, *Cuatro consideraciones no muy extensas sobre la LEC de 2000,* en Revista Jueces para la Democracia, nº 40, p. 33; cfr. Hernández Redondo, ob. cit., p. 280.

207. Montero Aroca, Juan, *Procedimiento probatorio (La grandeza de la sumisión a la Ley procesal)*, en Cuadernos de Derecho Judicial, nº VII, 2000, pp. 288/289.

6. El problema de fijar los puntos del debate

¿Cuál es la decisión que se busca del juez? No tiene respuestas coincidentes en el plano teórico, al punto que la ciencia le ha dedicado extrema preocupación y una desconcertante plétora de opiniones sobre la esencia de este tan importante fenómeno[208].

Algunos han afirmado que la tarea esencial del juez es definir la suerte de las pretensiones deducidas en el pleito, porque mediante ellas las partes dan a conocer sus intereses y posiciones respectivas, acotando el campo donde se habrá de actuar y sin posibilidad jurisdiccional para que se modifique el esquema predispuesto.

Sin embargo, la pretensión es un deseo personal. Se formaliza en la demanda, se explica desde una visión particular, se quiere demostrar con medios probatorios dirigidos por un interés individual y se fundamenta en hechos que se relatan adaptados a la perspectiva del litigante.

Carnelutti, recuerda que el móvil en que se funda la búsqueda de los hechos como carga de parte, es, naturalmente, el interés en litis. Por lo demás –agrega, es ésta un arma de dos filos: lo mismo que puede inducir a las partes a narrar los hechos verdaderos que le son favorables, puede inducirla también a callar los que le sean contrarios, o peor aún, a inventar hechos fal-

208. Cfr. Schwab, Karl Heinz, *El objeto litigioso en el proceso civil*, Ejea, Buenos Aires, 1968, p. 3

sos. El remedio contra este peligro es justamente el contradictorio[209].

El objeto litigioso debe ser neutral, indiferente a las versiones acondicionadas por las partes, aunque propenso a quedar persuadido sobre la verdad de una u otra posición. Por eso los hechos se necesitarán conocer e interpretar para llegar a una sentencia justa.

Pero si las circunstancias de facto no se presentan con la verdad para dar lugar a una constitución de versiones, probablemente el propósito del litigio se integre con equívocos liminares que pueden llevar a dictar sentencia sobre un juego de ficciones; mientras que de instalar la obligación de decir verdad en los hechos, y posibilitar la investigación de la justificaciones de conducta sobre esas condiciones relatadas, permitiría al juez actuar con mayor verosimilitud y eficacia.

El deber de decir verdad en las afirmaciones aún no se ha resuelto adecuadamente, pues los hechos dominan un espacio donde existen numerosas incertidumbres. Inclusive, quienes sugieren que esto no es importante, porque la función jurisdiccional consiste en aplicar el derecho invocado como propio, no pueden eludir el compromiso de subsumir los hechos en la norma, de modo tal que, una vez más, la verdad es un compromiso con la certidumbre y la seguridad jurídica.

209. Carnelutti, Francesco, *Estudios de derecho procesal*, tomo I, Ejea, Buenos Aires, 1952, p. 96.

Capítulo XI

Cuestiones Probatorias

1. Diferencias entre objeto y necesidad de la prueba

A tenor de lo expuesto se colige que la prueba no se reduce a la actividad, que en todo caso, está presente en la necesidad de producirla o actuarla, como se dice en otras legislaciones (v.gr.: colombiana). Por eso, siguiendo las posibilidades que presentamos en el objeto de verificación, claramente se advierte que no puede quedar circunscrito a los hechos controvertidos, sino a todos aquellos que exigen quedar demostrados con el fin de alcanzar plenitud y certeza.

> La circunstancia de que un hecho determinado no necesite de prueba, explica Devis Echandía, no significa que ese hecho no pueda ser objeto de prueba judicial; y más claro aparece todavía que si una de las partes no necesita probar cierto hecho, ello no quiere decir que la otra tampoco deba probarlo, ni que ese hecho no forme parte del tema probatorio general de ese proceso, y mucho menos que no pueda ser objeto de prueba[210].

De este modo, el objeto es una finalidad que admite teorizar sobre aquello que se quiere conseguir (v.gr.: el objeto es la verdad; la certidumbre; la persuasión del juez; la certidumbre objetiva; la fijación de los hechos, etc.); mientras que la necesidad

210. Devis Echandía, *Teoría General de la Prueba Judicial,* tomo I, cit., pp. 144/145.

es producto de los hechos, tal como se deducen y presentan en el juicio.

Conforme con el art. 158 del ordenamiento en estudio, la prueba tiene por finalidad llevar al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias controvertidos. En consecuencia, el fin previsto es el de convencer probando, que antes que un objeto es un destino específico.

Lo que es materia de prueba son los hechos, y las vías para confirmar y demostrar cada suceso depende de los medios anticipados en la demanda, los que han de ser pertinentes, útiles, conducentes y permitidos por la ley.

Del juego de estas normas se desprende que son materia de prueba las afirmaciones referidas a hechos que son controvertidos y conducentes. De este modo son hechos alegados, los que fueron introducidos en los escritos constitutivos de demanda, reconvención y sus contestaciones; sin perjuicio de aquéllos que se agreguen como novedosos y exijan prueba específica.

> *Art. 166.- Prueba nueva*. Se podrá solicitar prueba no anunciada en la demanda, contestación a la demanda, reconvención y contestación a la reconvención, hasta antes de la convocatoria a la audiencia de juicio, siempre que se acredite que no fue de conocimiento de la parte a la que beneficia o que, habiéndola conocido, no pudo disponer de la misma. La o el juzgador podrá aceptar o no la solicitud de acuerdo con su sana crítica.

Genéricamente estos son objeto de prueba cuando están *controvertidos*, es decir, afirmados por una parte y negados o desconocidos por la otra. Son *conducentes*, esto es, pertinentes y útiles, porque inciden con suficiente importancia en el curso de la litis; sin adquirir esta calidad los que, estando contrapuestos no llevan mérito suficiente para alterar el contenido hipotético del pronunciamiento definitivo.

En estas cuestiones la pauta la marcan los escritos de postulación y réplica, porque de allí surgirán los presupuestos fácticos de la norma que se invoca como fundamento de la pretensión, defensa o excepción. Estos hechos podrán denominarse relevantes o esenciales, y la prueba será necesaria cuando de la verificación depende la convicción que el juez puede conseguir.

Junto a estos hechos evidentes o de fácil demostración por tener medios adecuados para verificarlos, existen otros hechos que completan el cuadro de afirmaciones pero que se dan en la línea de los signos y posibilidades. Son los *indicios*, definidos como: "expresión o función sígnica que tiene un fundamento objetivo independiente del sujeto que lo interpreta y guarda una conexión natural con el objeto a quien sustituye o representa"[211]. En ellos la prueba se da como resultado de la valoración.

En suma, la diferencia entre tener un objeto a probar puede referir a una meta de contenido ideal, *abstracto,* si se prefiere el término; mientras que la *necesidad* es un producto *concreto* que Florián llama "aptitud procesal de la prueba"[212].

Criterio que también sigue Silva Melero al sostener que la prueba en abstracto supone todo aquello que es susceptible de prueba; mientras que lo concreto se reduce al tema probatorio

211. Muñoz Sabate, Louis, Lluis, *Introducción a una semiótica probática (ciencias de los indicios*), Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, 1980-1, p. 171.

212. Florián, Eugenio, *Delle prove penali,* Istituto editoriale Cisalpino, Milano, 1961, p. 42. Cuando éste autor hace referencia al objeto de la prueba en concreto, se contemplan los requisitos de la prueba en relación a un caso particular, y entonces ya no son pertinentes todos los hechos que en abstracto pueden ser objeto de prueba, pues opera un requisito limitativo: el hecho debe ser pertinente y concluyente (relevante) en relación con los fines del proceso en un caso concreto. Insinúa que ha de estudiarse además lo que debe probarse en cada proceso, la prueba que se considere necesaria, y más adelante, trata de los hechos exentos de prueba (los no discutidos por las partes; y los notorios en general) y de la libertad del objeto de prueba, como principio general, que tiene sólo las excepciones consagradas en la ley (cfr. Devis Echandía, *Teoría General de la Prueba Judicial,* tomo I, cit., p. 147).

del proceso[213], es decir, que el objeto podría estar fuera del litigio particular y configurar un principio; mientras que la necesidad es propia del proceso respectivo.

2. Los hechos y la prueba

El proceso judicial se construye con hechos, lo que no debe significar que la prueba se tenga que reducir a la simpleza de la alegación y controversia, es decir, aunque el territorio de la contradicción sea el motivo de la actividad a desarrollar por las partes persiguiendo confirmar sus versiones o demostrar sus razones, también son hechos, en sentido jurídico, todas las actitudes humanas, los sucesos o acontecimientos, voluntarios e involuntarios, individuales o colectivos, que sean perceptibles, inclusive, como agrega Devis Echandía, las simples palabras pronunciadas, sus circunstancias de tiempo, modo y lugar, y el juicio o calificación que de ellos se tenga.

En la idea del jurista también son hechos los que provienen de la naturaleza en que no interviene la actividad humana; y las cosas o los objetos materiales, cualquiera sea su realidad material, sean o no producto del hombre, incluyendo los documentos. También lo son los estados físicos de la persona, incluyendo el conocimiento de algo, cierta intención o voluntad y el consentimiento tácito o la conformidad, siempre que no implique una conducta humana apreciable en razón de hechos externos[214].

Con la amplitud de mirada hacia todo lo que significa probar hechos, cabe tener en cuenta la influencia habida en el sistema procesal. Por ejemplo, la carga de la prueba es sinónimo en el primer apartado de la regla (art. 377, Código Procesal) de tener que verificar la existencia del hecho que se controvierte;

213. Silva Melero, ob. cit., p. 40.
214. Devis Echandía, *Teoría General de la Prueba Judicial*, tomo I, cit., p. 159.

pero a párrafo siguiente se agrega el deber de probar el presupuesto de hecho de la norma que se invoca, objetivo que no se puede lograr si no es a través de una dimensión completa del problema probatorio.

> Recordemos la incidencia de Rosenberg en dicho precepto, de allí que tengamos que sostener como él que el tema de la prueba, en cada proceso, está formado en general por todos los hechos previstos en las normas jurídicas para que surjan sus efectos (pretensión o excepción), es decir, que con ello se persigue demostrarle al juez que el supuesto concreto de hecho que se le ha planteado, corresponde precisamente al que en forma abstracta se contempla en la norma general o que está en desacuerdo con éste, para reconocer que se han producido determinados efectos jurídicos que reclama el demandante o, por el contrario, para negarlos o para declarar probada la excepción del demandado que extinguió , o modificó, o simplemente suspendió tales efectos[215].

La relación que ofrecen las afirmaciones (versiones) con los postulados jurídicos (el presupuesto que determina el funcionamiento de la norma que hace al derecho de acción o de defensa) contrae así una dificultad notoria, porque el COGEP sostiene que la prueba versa sobre los hechos articulados por las partes en sus respectivos escritos (art. 162), los que deberán probarse cuando sean conducentes y en la medida que no sean inútiles o superfluos (ver la articulación entre los arts. 160, 161 y 162).

Supongamos que se afirma que alguien es responsable de un hecho ilícito. Esto en materia de prueba significa atribuir al acto humano una responsabilidad emergente, vale decir, primero habrá que probar la realización del hecho y después acreditar que tal conducta coincide con el presupuesto normativo que lleva a calificar de ilícita a la misma.

215. Rosenberg, Leo *Tratado de derecho procesal civil,* Tomo II, Ejea, Buenos Aires, 1955, p. 210. Cfr. Devis Echandía, *Teoría General de la Prueba Judicial,* tomo I, cit., p. 161.

Estos son hechos que han sucedido, pero también se puede afirmar que hay otros que importan la necesidad de actuar preventivamente, en cuyo supuesto, aún no hay hecho y, sin embargo, el deber de probar sigue presente, quedando de manifiesto que en la prueba no se trata de acreditar el modo, tiempo y lugar donde ocurre un suceso, sino también, la razonabilidad del juicio personal que postula quien promueve la demanda o resiste la pretensión[216].

Si vemos cómo funciona el sistema probatorio aparece claro que los hechos afirmados y controvertidos se deben probar. Es ésta una regla propia del principio de la carga de la prueba, y un elemento común del sistema procesal. Para encontrar los hechos que son motivo de prueba es menester analizar el mecanismo de aportación al proceso y el desarrollo que ellos tienen.

3. Presentación de los hechos y el anuncio probatorio

Hay dos teorías acerca de cómo se deben expresar los hechos que fundamentan la pretensión, que dependen en realidad, de la exigencia que se tenga respecto al objeto procesal. Es decir, mientras la *teoría de la sustanciación* pretende que la demanda

216. Explica Devis Echandía que […] "ha existido una interesante controversia acerca de si pueden ser objeto de prueba judicial los juicios que las personas (testigos, peritos, partes) tengan sobre los hechos, entendiéndose éstos en la forma general y amplia que se propicia. Son tres las posiciones adoptadas a este respecto: *a)* la de quienes consideran que se trata de cuestiones no sólo independientes, sino opuestas, y que la prueba solamente puede recaer sobre hechos, nunca sobre juicios; *b)* la de quienes aceptan también que se trata de cuestiones separadas, pero no contrapuestas, y consideran que ambos pueden ser objeto de prueba en forma independiente; *c)* la de quienes estiman que, dada la manera como los hechos son aducidos al proceso mediante los diversos medios de prueba, es imposible separar el hecho del juicio que sobre él se tenga y, por lo tanto, se trata de dos aspectos interdependientes y complementarios del objeto de la prueba" (*Teoría General de la Prueba Judicial,* tomo I, cit., p. 166).

contenga una exposición detallada de los hechos que se vinculan con el derecho que se afirma existente; la *teoría de la individualización* sostiene que solamente se debe indicar la relación jurídica que individualiza la acción (compraventa, locación, etc.) para que sea el juez quien aplique el derecho consecuente.

> Para Alsina el mejor sistema es el primero, porque le permite al magistrado calificar la acción de acuerdo con lo que surge de los hechos expuestos, con prescindencia de la calificación que de ellas hagan las partes[217]. En esta senda se plantea el deber de exponer toda la verdad, o la posibilidad de recortar los hechos a la enunciación de los convenientes[218].

217. Alsina, Hugo, *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, tomo III –Juicio ordinario-, Ediar, Buenos Aires, 1961, p. 35. Sostiene también que, la exposición de los hechos debe limitarse a lo necesario para la calificación de la acción, excluyéndose todos aquellos que no tuvieran vinculación con ella, pero cuidando de no omitir los que tuvieran alguna relación aunque sea indirecta o que de cualquier manera pudieran influir en la resolución final. Cuando se pida el reconocimiento de la obligación de abonar una indemnización, bastará que se expongan los hechos en que la pretensión se funda; pero, si además se pide el pago de la indemnización, habrá que exponer los hechos que puedan influir en la determinación de su monto (p. 37).

218. Con relación a los primeros -dice Peyrano-, subsiste la polémica para determinar si, en oportunidad de invocarse las circunstancias fácticas, éstas deben complementar una acabada descripción del suceso, sin quitar ni recortar motivos que empeoren o dificulten la situación del exponente (*El Proceso Civil*, Astrea, Buenos Aires, 1979, p. 154). Grossmann participa de la opinión por la cual debe sancionarse la ocultación de hechos cuyo conocimiento resulta indispensable para la claridad y dilucidación de la litis. A su criterio, el silencio debe considerarse como contrario a la verdad; tanto él como la declaración incompleta, o ambigua, agravan el deber en comentario. Esta veracidad –agrega- "se exige no solamente con respecto a los hechos controvertidos, sino igualmente a los hechos indiscutidos que el juez debe aceptar, en general, sin previo examen alguno", estableciendo solo una restricción: "La exigencia de la veracidad, con inclusión de los hechos no discutidos, deja intacto el derecho del litigante de abstenerse de la impugnación de las alegaciones hechas por la parte contraria, sea que fueran verídicos o no. La parte no es obligada a declarar, pudiéndose hacer condenar en rebeldía, si lo prefiere a la intervención activa en el juicio" (Grossmann, Kaethe, *El deber de veracidad de las partes litigantes en los juicios civiles*, Jurisprudencia Argentina, 71 sección doctrina).

Ante la duda sobre que camino seguir, la conducta de las partes se podrá considerar como un *deber* de colaboración, una *carga* procesal o una *obligación* de carácter sustantivo cuando el imperativo a cumplir consiste en una disposición de ese contenido (v.gr.: si al contestar la demanda se responde dolosamente –con la intención de perjudicar los intereses del peticionante–, existirá responsabilidad objetiva –civil– por el daño ocasionado). En lo expuesto, debe mencionarse que los principios de lealtad, probidad y buena fe coronan las actitudes que postergan en lo inmediato el deber de veracidad.

Una compleja situación se ofrece con los abogados o representantes legales, a quienes se les impone hipotéticamente resolver si sus deberes de cooperación y honestidad hacia la jurisdicción han de ser cubiertos cuando ellos se oponen a los intereses de sus clientes. En general la situación se presenta como un postulado deontológico, proclamando el deber de veracidad de los abogados.

Pero cualquiera sea el modelo, la verdad vuelve al viejo aforismo latino *quod non est in proceso non est in mundo*, el que aunque pueda parecer hiperbólico a primera vista, no lo es en absoluto porque determina la sutileza del juego procesal en orden al deber de probar aquello que se afirma o alega. Luego, la aplicación del derecho al caso concreto, tiene que buscar la confirmación del presupuesto normativo. Por tanto, no solo hay que tener razón sino además demostrarlo.

El COGEP pide que se anuncie la prueba destinada a confirmar los hechos aportados. Este principio de "aportación de parte" significa que es potestad de cada litigante indicar los hechos sobre los que recaerá el objeto del proceso. Esto radica en el principio dispositivo aunque no quieren decir lo mismo. Ya hemos señalado que uno se vincula con el tiempo y las personas que pueden requerir la tutela jurisdiccional y otro se relaciona con la para llevar al proceso los hechos y las pruebas de que intenten valerse.

El anuncio probatorio trabaja un modelo nuevo donde la actora tiene que probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en la demanda y que ha negado la parte demandada en su contestación (estos son los hechos controvertidos).

Pero como la demandada no está obligada a producir pruebas cuando la actividad se reduce a contestar negando los hechos (es decir, sin admisión ni reconocimiento, ni ofreciendo otra versión), la prueba consolida la regla *el que afirma debe probar*.

En cambio si hay *hechos modificativos*, que portan afirmaciones explícitas o implícitas sobre el mismo hecho, el derecho o la calidad de la cosa litigada, la prueba también queda en cabeza del que así lo hace.

Lo determinante es la preclusión que tiene la oportunidad del anuncio probatorio, toda vez que, al contar las partes con el derecho a conocer oportunamente las pruebas que se van a practicar (art. 165), no puede haber sorpresas posteriores, porque el la pertenencia del equilibrio de pruebas no se puede afectar en parte alguna de la instancia.

De allí que la prueba a la que sea imposible tener acceso debe ser anunciada con la demanda y/o la contestación; y aquella que no se anuncie no podrá introducirse en la audiencia, con las excepciones previstas en el ordenamiento (art. 159 2do. párr., COGEP).

En todo tiempo de la etapa probatoria y de sustanciarse los escritos de postulación, cada parte tiene el derecho de oponerse a la prueba ofrecida de manera fundamentada y aun contradecirla con otra.

4. Tipos de hechos

Todo este prolegómeno viene a cuento por el problema de identificar los hechos a que nos estamos refiriendo. Ocurre que los hechos procesales no son iguales a los hechos comunes. Tampoco se relacionan con los hechos jurídicos, porque cada uno tiene una repercusión e importancia diferente. La distancia se profundiza cuando se pretende encontrar una clasificación de ellos tomados desde los que el código menciona.

Por ejemplo, la afirmación de cómo ocurrieron las cosas que se demandan, tiene importancia para fijar la competencia; estos *hechos conocidos* son determinantes para saber la causa de recusación por enemistad, odio o resentimiento; si esos *hechos* son *reconocidos* habrá que hacer lugar a la recusación con causa; sin olvidar que estas causales obligan a la *exactitud de los hechos*, para lograr esclarecer la verdad de los *hechos controvertidos*. También existen *hechos ficticios o irreales* que pueden ser objeto de presunción. Hay *hechos urgentes* que facilitan la presentación con este carácter.

El COGEP eliminó la tradición de la "rebeldía" por el cual se exponía al a un juego sofista que volvía verdad al silencio, o a la ausencia de negativa.

El artículo 157 establece […]

> *Falta de contestación a la demanda*. La falta de pronunciamiento expreso y concreto sobre los hechos y pretensiones de la demanda, o las afirmaciones o negaciones contrarias a la realidad, podrá ser apreciada por la o el juzgador como negativa de los hechos alegados contenidos en la demanda, salvo que la ley le atribuya otro efecto.

En fin, como regla o pauta común, el objeto de la prueba son los *hechos controvertidos* y deben ser expuestos con las formalidades del artículo 142, en especial cumpliendo con los incisos 5º y 7º.

La prueba únicamente versará sobre los *hechos alegados.* Algunos más se presentan con un marco de inseguridad respecto a su categoría, como la referencia a los *hechos* que están en contraposición al *hecho nuevo.*

Luego, en cada medio de prueba, los hechos tienen repercusiones distintas. En fin, la profusión de adjetivos que toman los hechos en general obliga a tener que aclarar cuales son, de todos ellos, los que deben ser expresados con la verdad, teniendo en cuenta que son estos a los que queremos apuntar el objeto de este comentario.

Dado que la variedad de los hechos ajenos y anteriores al proceso, como los vinculados y contemporáneos al mismo, son de múltiples expresiones, suelen clasificarse por su incidencia en:

a) *Hechos constitutivos* (o formativos de la relación jurídica procesal);
b) *Hechos modificativos* (o que incitan una transformación de la realidad de acuerdo con el relato que se haga al contestar la demanda);
c) *Hechos extintivos* (o cancelatorios de la situación jurídica)[219].

5. Derechos de oposición

El artículo 165 que antes hemos mencionado concreta el derecho de oposición en estos términos […]

219. Gozaíni, Osvaldo A., *Derecho Procesal Civil*, tomo I (Teoría General del Derecho Procesal) volumen 1, Ediar, Buenos Aires, 1992, pp. 421/422.

> *Derecho de contradicción de la prueba*. Las partes tienen derecho a conocer oportunamente las pruebas que se van a practicar, oponerse de manera fundamentada y contradecirla.

Este derecho consagra la bilateralidad de la prueba en sus dos aspectos de ofrecimiento y control, que por su incidencia impacta en la etapa de producción y valoración de la misma.

En Argentina, con diferencias de encuadre pero con finalidades parecidas, llevó a sostener en doctrina la importancia de esta participación.

> Sostiene Colerio que este es uno de los más afortunados logros de la reforma, porque […] "aunque parezca obvio, la decisión de fijar los hechos se posibilita y enriquece notablemente con el relato directo de las partes sobre cómo ocurrieron los acontecimientos que llevaron al conflicto. La percepción que puede tener el juez, además de las palabras, del lenguaje corporal de la persona contándole las circunstancias por las que promovió o por las que fue citado a ese proceso, es irremplazable, y la descripción del abogado en los escritos introductorios, como los hechos volcados en un acta por el audiencista, se desdibujan ante esta versión directa de los protagonistas. La oportunidad, además, que tiene el juez en esa ocasión de preguntar alternativamente a ambas partes para aclarar todas aquellas cuestiones fácticas que aparecen como oscuras, contradictorias, y aun otras, que deliberadamente fueron omitidas en los escritos iniciales y que espontáneamente las partes revelan en ese acto. En tales condiciones, la fijación de los hechos es mucho más precisa que en un proceso sin inmediación. También la formación de la convicción del juez sobre cómo sucedieron los hechos tendrá una mayor aproximación a la realidad y facilitará la conciliación, pero aun cuando ello no ocurra, la posterior sentencia se ha de corresponder mucho más con los verdaderos hechos; en consecuencia, tendrá menos de ficción y más de solución justa"[220].

Como la práctica de la prueba es oral en la audiencia de juicio, este es el tiempo máximo que se dispone para ejercer la oposición.

Recordemos en su parte pertinente lo dicho por el art. 160 […]

> En la audiencia preliminar la o el juzgador rechazará de oficio o a petición de parte la prueba impertinente, inútil e inconducente. La o el juzgador declarará la improcedencia de la prueba cuando se haya obtenido con violación de la Constitución o de la ley.
> Carece de eficacia probatoria la prueba obtenida por medio de simulación, dolo, fuerza física, fuerza moral o soborno. Igualmente será ineficaz la prueba actuada sin oportunidad de contradecir. La resolución por la cual la o el juzgador decida no admitir alguna prueba podrá apelarse con efecto diferido. De admitirse la apelación, la o el juzgador superior ordenará la práctica de la prueba, siempre que con ella el resultado pueda variar fundamentalmente.

6. Hechos exentos de prueba

El COGEP simplifica los hechos exentos de prueba a los siguientes […]

> *Art. 163.- Hechos que no requieren ser probados*. No requieren ser probados: 1. Los hechos afirmados por una de las partes y admitidos por la parte contraria en la contestación de la demanda o de la reconvención o los que se determinen en

220. Colerio, Juan Pedro, en *Reformas al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, coordinado por Enrique M. Falcón, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2002, pp. 165/166.

la audiencia preliminar. 2. Los hechos imposibles. 3. Los hechos notorios o públicamente evidentes. 4. Los hechos que la ley presume de derecho.

Nos permitimos hacer una clasificación distinta que amplía los hechos que no exigen respaldo probatorio y que surgen del propio código pero con especificaciones reglamentarias menos precisas.

El carácter bilateral de las alegaciones, según el cual a cada afirmación corresponde una respuesta, permite deducir que la necesidad de prueba se limita cuando no hay interés en controvertir; o bien cuando de las mismas circunstancias surgen conclusiones que no requieren de actividad probatoria para confirmar.

Focalizados así, existen hechos que están exentos de prueba: *a)* por exclusiva decisión de las partes, unilateral o bilateralmente; *b)* por contingencias objetivas como son los hechos notorios, los presumidos legalmente, o los evidentes; *c)* por situaciones de carácter subjetivo que parten del conocimiento personal del juez y de las máximas de experiencia; *d)* por la naturaleza del hecho, en cuyo caso la exención puede estar predeterminada por la ley como medida preventiva (v.gr: por razones de moral y buenas costumbres); por sus antecedentes jurídicos (v.gr: prejudicialidad, cosa juzgada) y por el secreto profesional.

6.1 Hechos eximidos de prueba por actitudes de parte

El carácter bifronte de un hecho (ante la alegación cabe la réplica) permite asumir actitudes diversas o ninguna, implicando esas conductas consecuencias sobre las afirmaciones que

tendrán o no que verificarse. Va de suyo que si no hay hechos afirmados no existe carga probatoria, porque nada existe para demostrar. Las alegaciones se corresponden con la congruencia del fallo (art. 91, párrafo final, COGEP), por eso el juez no puede incorporar en la sentencia un hecho no afirmado por una de las partes, porque tal circunstancia no existe para él, aún cuando pudiera deducirla[221].

Los hechos *afirmados*, a su vez, pueden ser aceptados como ciertos pero disentidos en su explicación fáctica. Pueden ser admitidos totalmente, llegando a confirmar la certeza del derecho invocado; o bien puede existir reconocimiento expreso o tácito a las pretensiones del actor; y, finalmente, un sometimiento voluntario a las mismas peticiones pero sin pronunciarse sobre el derecho que las fundamenta (v.gr: allanamiento).

En la etapa probatoria, los hechos pueden resultar confesados expresa o tácitamente, e inclusive, admitirse por aplicación del silencio conforme la estricta vigencia del principio de preclusión de los actos procesales.

a) Los *hechos admitidos* son aquéllos en los que ambas partes están de acuerdo con su producción. No hay discrepancia en el relato de las circunstancias. Por lo general, la admisión es producto de las afirmaciones de una parte que la otra acepta por ciertos, hablándose en estos casos de admisión expresa.

En cambio, existe admisión tácita cuando se le otorga al silencio el valor y alcance de una confirmación. La admisión puede ser simple y calificada. De la primera especie son los actos que aceptan lisa y llanamente el hecho afirmado por la otra parte; y "es calificada, cuando se acepta ese hecho, pero introduciendo en él aclaraciones y explicaciones o atribuyéndole una configuración jurídica diferente, por ejemplo, frente a la alegación del actor que entregó un dinero en préstamo, el demandado

221. Carnelutti, *La prueba civil*, p. 13.

puede decir: «es cierto que recibí el dinero, pero no en calidad de préstamo, sino de donación»"[222].

La admisión simple y expresa torna innecesaria prueba alguna respecto a los hechos involucrados; en cambio, la admisión calificada obliga a verificar la versión que se introduce, por constituir un hecho modificativo.

Por otra parte, el hecho admitido consuma dos consecuencias inmediatas: una obliga al juez a tener presente la afirmación bilateral al tiempo de sentenciar; otra, a tenerlo por suficientemente acreditado y sin necesidad de abono alguno.

La admisión tácita tiene otras dificultades intrínsecas que provienen del efecto jurídico que se asigne al silencio. Algunas legislaciones entienden que surte los efectos de la *ficta confessio*[223]; otros prefieren eludir el compromiso con las ficciones, tal como reza el artículo 157 del COGEP que, ante la falta de contestación a la demanda, o de pronunciamiento expreso y concreto sobre los hechos y pretensiones de la demanda, o las afirmaciones o negaciones contrarias a la realidad, le permite al juzgador interpretar que hay negativa y, en consecuencia, obligación de probar en cabeza del que afirma.

El reconocimiento, en cambio, es prudente considerarlo con relación a los documentos que no son cuestionados en su autenticidad. Si ello ocurriese regirán los procedimientos establecidos entre los artículos 193 a 220 del COGEP, donde la regla general está en la fehaciencia completa […]

> *Art. 199.- Indivisibilidad de la prueba documental*. La prueba que resulte de los documentos públicos y privados es indivisible, en consecuencia no se podrá aceptar en una parte y rechazar en otra y comprende aun lo meramente enunciativo, siempre que tenga relación directa con lo dispositivo del acto o contrato.

222. Fenochietto, Carlos E. - Arazi, Roland, *Código procesal civil y comercial de la Nación*, Tomo 2, Astrea, Buenos Aires, 1983, p. 256.
223. Ramos Méndez, Francisco, *Derecho Procesal Civil*, Tomo I, Bosch, Barcelona, 1990, p. 533.

En nuestra opinión la solución que tiene el modelo en estudio es completo y suficiente. Son varias las razones que concurren.

Cuando hay un demandado u oponente presentado, no debe perderse de vista la carga que pesa para reconocer o negar hechos (admisión, propiamente dicha); reconocer o controvertir la razón jurídica (allanamiento, o cuestión de puro derecho, respectivamente) y otras obligaciones referidas a documentos acompañados y cartas misivas que se invocan.

Cada uno de estos deberes procesales confiere al interés un rol activo y principal, de manera que, si el ejercicio del derecho de defensa es nimio, insuficiente, evasivo o ambiguo; sobre la parte renuente al compromiso de controvertir debe caer el peso del principio dispositivo, eximiendo de prueba todos los hechos pertinentes y lícitos que fueran reconocidos (arts. 160 y 161, COGEP).

Ahora bien, existen ciertos hechos que pueden no ser conocidos por el demandado, en cuyo caso darlos a conocer es un deber inserto en el deber de actuar con lealtad, probidad y buena fe, sumado a la regla proveniente de los artículos 160 párrafo cuarto y 165 del COGEP.

El problema impreso en restar valor probatorio al silencio o a la inactividad, aparece si se considera que quien evita el proceso puede estar fomentado por causas de prudente exclusión, creyendo que nada tiene que objetar o porque no quiere contradecir sin derecho, o ausente de buena fe. En otro sentido, la ausencia puede motivarse en la creencia de ver una pretensión justa; o en un simple análisis de costos y beneficios; en suma, lo

cierto es que la presunción de verdad de los hechos lícitos que surge de la rebeldía que aplican otros códigos procesales (v.gr.: Argentina), lleva a eximir de prueba estas circunstancias; dejando vigente el *onus probandi* para otros hechos que pueden tener contradicción y surjan del mismo aporte acompañado al juicio por el actor.

b) A veces se habla de *hechos reconocidos*, como cuando quien contesta la demanda no niega concretamente, todos y cada uno de los argumentos del actor. Pero el reconocimiento no es propio de los hechos, sino del derecho, por eso aquél se vincula con la pretensión y con la resistencia, constituyendo un acto de inteligencia y decisión sobre los fundamentos que porta la demanda.

El reconocimiento puede ser expreso o tácito, según obre la actitud del oponente, en igual medida que la explicada para la admisión. Interesa diferenciar el reconocimiento del allanamiento, por la similitud con que ambos suceden, cuando en realidad, tienen conceptos y finalidades distintas.

Como vimos, sólo se reconocen pretensiones y razones; esto es, que quien se presenta en el proceso reconociendo el derecho de la parte, no controvierte el tema fáctico porque dá legitimidad suficiente a la demanda que contra él se interpuso.

El allanamiento resulta, en cambio, un sometimiento voluntario a las pretensiones del actor, pero sin calificar las razones que la autoabastecen. Es una decisión unilateral, como son todas las vistas hasta ahora en este parágrafo (v.gr: hechos no afirmados; admisión; rebeldía y reconocimiento).

Por su parte, hay hechos que las partes comúnmente pueden excluir de la prueba, ya sea por considerarlos inconducentes o por entender que la materia en conflicto puede ser resuelta con las constancias que obran en el expediente.

La declaración bilateral que las partes presentan procura evitar toda la etapa probatoria, pero no condiciona la providencia del órgano, quien puede ordenar medidas instructorias (art. 168, COGEP).

6.2 Situaciones objetivas que eximen de prueba

Corresponden a esta categoría tres tipos de hechos: *a)* los hechos notorios*; b)* los que gozan de una presunción legal y *c)* los hechos evidentes.

Este armado se articula con el artículo 163 incisos 2, 3 y 4, aclarando que el inciso 1º se encuentra en la categoría anterior.

a) Hechos notorios: Recuerda Sentís Melendo que el hecho notorio fue objeto de estudio desde antiguo y postulado en distintos brocardos: "*manifiesta haud indigent probatione*" (lo manifiesto no necesita prueba); "*manifiesta non egent probatione*" (con igual sentido que el anterior); "*notorium non egent probatione*", y sobre todo, se ha dicho, ajustándose a la realidad: "*Non potest ignorari quod publice notum est*" (no puede ser ignorado lo que públicamente es notorio)[224]. Sin embargo, y a pesar de ser aceptado por el derecho romano, el canónico y llegar a su actual consideración, existen aún dificultades para fijar el concepto de notoriedad.

Las Institutas romanas consagraban el principio de exclusión por notorio en la prueba testifical, resabio que conserva la práctica de incluir en el interrogatorio la pregunta final acerca de si lo dicho es "de público y notorio". El derecho canónico lo estimó para otros fines: notorio, significaba la propiedad de cier-

224. Sentís Melendo, *La prueba (Los grandes temas del derecho probatorio)*, cit., p. 133.

tos hechos que no pueden negarse más que en acusada mala fe[225].

Posteriormente, evoluciona el criterio hacia un concepto más objetivo, donde se introducen las ideas de generalidad del conocimiento; cultura normal de todo individuo; historia indiscutible, etc.

En este sentido, Gentile sostuvo que […],

> "pueden ser utilizados como fuente de convicción del juez en el proceso, como hechos notorios, además de los hechos de común y general conocimiento, pertenecientes a la historia o a la ley natural o a la vida social y política, también los hechos de notoriedad más restringida, limitada a una determinada zona de territorio (la llamada notoriedad local) cuando el hecho es tal que pueda ser conocido por toda persona que viva en esa zona, siempre que se trate de hechos bien establecidos y no de simples voces o meras apreciaciones"[226].

De igual tenor resulta la definición del hecho notorio sobre la base del conocimiento que forma parte de la cultura normal de un determinado círculo social en el momento en que la decisión se pronuncia, llegando a ser de dominio público y no del conocimiento de unos pocos.

La liberación probatoria que tiene la notoriedad de un hecho, pone en duda su pertenencia al derecho probatorio, toda vez que al ser extraño el fenómeno de la verificación, el resultado obtenido es producto de una actividad propia del sentenciar.

Esta es la posición que asumen los críticos del hecho notorio, encerrando el concepto sin advertir que en la valoración de

225. Allorio, *Problemas de derecho procesal*, tomo II, cit., p. 394.
226. Cfr. Sentís Melendo, *La prueba*..., cit., p. 134.

la prueba obra un análisis prudente y meditado de las convicciones que se alcanzan en cada una de las situaciones fácticas que dieron causa y fundamento a la pretensión. Una cosa es la notoriedad por sí misma, pues en este caso "se trata de una cualidad circunstancial que no altera la existencia del hecho ni los efectos jurídicos que de él se deducen"[227]; y otra diferente es la estimación en la sentencia, donde el hecho notorio juega valorado en idéntica dimensión que el resto de las pruebas.

Pero la notoriedad difiere de lo notado, y de aquello que puede ser público o famoso. Es necesario y conveniente, entonces, implementar un esquema de base que oriente y marque las diferencias con esas figuras similares.

> La notoriedad de un hecho no requiere del conocimiento universal, porque se limita a su propia contingencia y circunstancia. Vale el ejemplo que ofrece Couture respecto a que sería notorio el hecho de que a fines de 1945 fue inventado el procedimiento de división del átomo, creándose así una nueva fuente de energía. Pero ese hecho no es conocido por todos, pues no lo es de las personas que viven fuera de los centros de información. "Sin embargo –agrega–, por la circunstancia de que haya gran cantidad de personas que lo ignoran, no debe deducirse que el hecho no sea notorio"[228].

De igual modo, el conocimiento no necesita ser absoluto, porque basta la posibilidad de verificar la existencia del hecho de que trate mediante el auxilio de una simple información. Requiere sí, que la notoriedad sea efectiva, o sea que pueda estar al corriente de la generalidad de los hombres en el lugar y tiempo en que la decisión ocurre.

Cabe agregar que este recaudo no es pacífico en doctrina, porque sostienen fundadas opiniones que notoriedad no es efectivo conocimiento, "sino pacífica certidumbre; una especie de

227. Devis Echandía, *Compendio*..., tomo I, cit., p. 129.
228. Couture, *Fundamentos*..., cit., p. 233.

seguridad intelectual con que el hombre reputa adquirida una cuestión"[229].

Pero reducir lo manifiesto a un grupo, destaca la inseguridad que genera la sabiduría obtenida por cuestiones incidentales, posiblemente circunstanciales; cuando no, si la cultura masiva se reúne al sólo título de información general. Un hecho que se adquiera en estas condiciones, por su versatilidad y contingencia, difícilmente llegue a ser notorio. Asimismo, el alcance que se quiere asignar al conocimiento efectivo destaca un problema adicional cuando la noción reposa solamente en la inteligencia de un sector al que puede pertenecer quien debe dictar sentencia; porque el Juez, en este caso, se encuentra limitado en la posibilidad de usar su conocimiento privado.

> Bien destaca Allorio, aun cuando en posición discrepante, que no podrían encuadrarse como hechos notorios los que son conocidos a la generalidad de los ciudadanos únicamente a título de información contingente; tampoco en orden a aquellos que obtienen certeza en un ambiente sereno e imparcial[230]; en ellos, podría hablarse de hechos públicos pero no de notorios por su escasa o nula seguridad.

Quizás el punto preclaro que incide en una caracterización adecuada esté en la perdurabilidad del hecho; aquél que alcanza una difusión y trascendencia tal que evita la ignorancia común.

En este tema la diferencia con el rumor, la fama, la publicidad ofrece una visión esclarecedora. Cada uno de ellos informa una cuestión trascendente a un círculo social determinado, pero no tiene características de generalidad o efectividad. El rumor se difumina con el tiempo, con su esclarecimiento, o con una versión contrapuesta. La fama es fugaz y no tiene condición fáctica sino plenamente subjetiva; la publicidad, finalmente, hace a lo público, a lo corriente, pero nunca a la notoriedad manifiesta.

229. Couture, *Fundamentos...,* cit., p. 234.
230. Allorio, ob. cit., p. 397.

De igual importancia son las distinciones con la evidencia porque aquí referimos a verdades absolutas o axiomas científicos de inocultable valor; en tanto la notoriedad versa sobre hechos sobre los que se tiene noticia.

En síntesis, el hecho notorio es una situación a valorar en la sentencia, de modo tal que repercute en la convicción que le agregue al juez sin interesar la información que la parte pueda tener sobre el mismo. Para llegar a la notoriedad, será preciso contar en el hecho los requisitos de generalidad, efectivo conocimiento y permanencia.

La determinación de ese hecho notorio, como eximente de prueba, constituye un concepto relativo porque está limitado en el tiempo y en el espacio, entrañando una cuestión circunstancial o de hecho que hace a la privativa valoración de la prueba.

A partir de esta fijación del concepto, han de señalarse dos situaciones. Por un lado la distinción que merece el hecho notorio afirmado por las partes; y por otra la notoriedad que debe cimentarse en hechos constatados efectivamente.

En consecuencia, la alegación interesada del hecho notorio no obliga al juez a tomarlo en cuenta sin más, porque en definitiva, la notoriedad depende de su propio parecer y no de lo que la parte entiende como tal. Al estar el hecho notorio liberado de la carga probatoria, es preciso hurgar en esas condiciones para deducir si la notoriedad requiere o no de prueba.

Avancemos un paso más en el suceso. Supongamos que la parte alega como hecho notorio el despilfarro de fortuna de un sujeto al que debe heredar, y pida se lo declare incapaz. Aquí el hecho notorio es la prodigalidad (magüer nuestras reservas con la efectividad del conocimiento) pero al mismo tiempo es el hecho controvertido y, por tanto, requerirá su verificación.

La conjunción entre la "notoriedad" y el "hecho notorio" genera confusiones reiteradas en la legislación; sin que la doctrina haya elaborado una respuesta efectiva. Ocurre que la terminología ambigua que concurre para definir lo que es un hecho notorio confiere una idea un tanto fugitiva sobre cuáles son los límites de la generalidad del conocimiento; de la posibilidad de acceso efectivo a ella y de la perdurabilidad.

La pauta más importante, creemos, asienta en la intensidad de conocimiento que el hecho ofrezca hacia la generalidad de los individuos. Un accidente de tránsito espectacular, de gran difusión por la prensa y difundido reiteradamente por los medios gráficos y televisivos, puede generar mayor notoriedad que un descubrimiento científico trascendente; sin embargo, ese hecho se instala en una categoría distinta donde podemos hablar de hechos que cobran estado público, pero sin derivar de ellos naturaleza probatoria alguna, más allá de la simple verificación del suceso. Para adquirir notoriedad, el hecho debe asegurar cierta garantía de seguridad.

Podemos compartir el espíritu que tiene la definición de Guasp: hechos notorios son verdades científicas, históricas, geográficas, generalmente reconocidas, cuya notoriedad estriba, solamente, en el más intenso conocimiento que provoca en el que está destinado a recibirle[231].

Basados en ello, el hecho notorio es más una capacidad para obtener un conocimiento asegurado, que poseer el mismo conocimiento. Precisamente por eso, no se incluye en la noción el saber que cada uno de los miembros de la sociedad, del círculo, o de los interesados pueda tener, sino como pueden adquirir dicha inteligencia con los elementos de información que, otro cualquiera, tenga a su alcance.

231. Guasp, *Derecho Procesal Civil*, cit., p. 354.

> Sin hablar de anarquía de conceptos y habiendo expresado una noción particular sobre el significado, conviene repensar la problemática, manteniendo el estudio en las polarizaciones que diagrama acertadamente Devis Echandía: "… existen sólo dos tesis: *1) la de la minoría*, que exige el conocimiento del hecho por todos en el círculo social respectivo; *2) la de la gran mayoría*, que acepta como suficiente una divulgación o generalización relativa, en ese círculo, siempre que el juez tenga conocimiento de ella desde antes del proceso o pueda conocerla durante el proceso por investigaciones personales o gracias a pruebas aportadas con ese propósito, y no le queda duda sobre la verdad del hecho, aun cuando lo discuta alguna de las partes.

Desde otro punto de vista se encuentran también dos tesis: *a)* la de quienes exigen que el hecho sea de carácter permanente, como las verdades geográficas y algunas científicas (la importancia de una ciudad o la altura de una montaña); y *b)* la de quienes rechazan expresa o tácitamente esta distinción y aceptan la notoriedad tanto para los hechos permanentes como para los ocasionales o transitorios (las verdades históricas, por ejemplo); ésta tesis la sostiene la gran mayoría de los autores citados[232].

Para terminar, resta por responder si el hecho notorio puede invocarse de oficio o necesita de la alegación de parte interesada. Vale al respecto, coincidir con Calamandrei, quien menciona la inexistencia de una máxima similar a la *iura novit curia*, parangonada en otra paralela notoria *novit curia*, de modo, entonces, que no siendo obligación del juez tener conocimiento de los hechos notorios, resulta necesario que las partes lo aleguen y, en su caso, lo prueben si el órgano judicial entiende que sobre el mismo no existe suficiente certeza.

La imposibilidad de incorporar de oficio la notoriedad, tampoco permite a lo jueces invocar la evidencia obtenida por el ejercicio de la función. Por ejemplo, si fuese conocida la situa-

232. *Compendio…*, cit., p. 131.

ción inhabilitante de un sujeto para obrar, por haber resuelto su incapacidad en otro proceso, no podría el Juez tener presente ese hecho notorio a pesar de su claridad y verificación directa.

En cambio, la doctrina alemana lo admite, reconociendo en la denominada notoriedad judicial un precedente valioso que lo origina. No obstante, idénticas consecuencias y resultados se obtienen dando posibilidad al Juez de ejercer actividad instructoria y de saneamiento, porque al ser antecedentes por él conocidos, puede proveerlos como medidas previas para dictar sentencia, o inclusive, como documentales que emergen de hechos ocurridos en otro expediente.

b) Hechos que gozan de una presunción legal: Si un hecho cuenta en su favor una presunción tal que confirme su presencia y suceso, se encuentra exento de prueba. Por ejemplo, el art. 32 del Código Civil llama presunción a la consecuencia que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas. Si estos antecedentes o circunstancias que dan motivo a la presunción son determinados por la ley, la presunción se llama legal. Se permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los antecedentes o circunstancias de que lo infiere la ley; a menos que la ley misma rechace expresamente esta prueba, supuestos los antecedentes o circunstancias. Si una cosa, según la expresión de la ley, se presume de derecho, se entiende que es inadmisible la prueba contraria, supuestos los antecedentes o circunstancias.

En todos los dispuestos la presunción crea una ficción legal que refiere como cierto a un hecho. Cuando esa proposición no admite prueba en contrario (*iuris et de iure*) se denominan presunciones absolutas; en cambio si toleran una verificación al opuesto, se llaman presunciones relativas (*iuris tantum*). En ningún caso las presunciones son medios de prueba sino un beneficio adicional que reporta la continuidad, precisión y concordancia de ciertos hechos que se muestran de igual manera

y que inciden en la valoración que el Juez efectúa sobre las pruebas rendidas.

Es importante no confundir estos hechos que gozan de una presunción legal, de aquellos que, partiendo de un hecho conocido (indicio) concluyen en una situación determinada. La presunción, en síntesis, es una conjetura que elimina la necesidad de prueba.

> "Son razones de política jurídica, algunas de ellas connaturales con la vigencia misma del derecho, que instan al legislador a consagrar determinadas soluciones de la índole de las expresadas. La eliminación del campo de la prueba no es sino la consecuencias natural de su eliminación del campo del debate"[233].
> De todos modos, aún cuando el hecho se libera de la carga probatoria, el presupuesto que funda la presunción debe verificarse en la hipótesis de ser resistida por la oponente.

c) Hechos evidentes: Algunos autores funden estos hechos en la noción de notorios[234], sin que genere esta asimilación alguna dificultad práctica. En verdad, tanto uno como otro están eximidos de probar el supuesto que afirma, con la diferencia que el hecho evidente es el que no ofrece duda alguna. Aquél que se capta por la simple mecanización de los sentidos, como ser, que el sol ilumina o la noche oscurece.

La experiencia demostrada en el acontecimiento lógico que vivifica la evidencia, suple cualquier actividad probatoria porque estos hechos se ubican en el plano de lo que ocurre de consuno, como un desarrollo normal de las cosas.

233. Couture, *Fundamentos*..., cit., p. 227.
234. Carnelli, Lorenzo, *El hecho notorio*, La Ley, Buenos Aires, 1944, p. 209; Lessona, Carlos, *Teoría general de la prueba en el derecho civil*, Tomo I, Reus, Madrid, 1970, p. 211.

Se distinguen de los hechos normales en que, si bien ambos suponen constantes el curso de ciertas cosas; el hecho evidente se muestra por sí sólo en ausencia de cualquier verificación; en cambio los primeros son estándares jurídicos que por su certeza no necesitan de prueba. Podríamos decir que la diferencia es nimia, pero en tanto la evidencia manifiesta se da en el plano de los acontecimientos de percepción sensorial; los normales ocurren como una medida del comportamiento humano que se admite con un nivel medio y regular de conducta reiterada.

> Señala Couture que esta noción de estándar jurídico, se precisa como "una medida de conducta social, susceptible de adaptarse a las particularidades de cada hipótesis determinada". "El *standard* es una gran línea de conducta, una directiva general para guiar al juez; un verdadero instrumento de técnica jurídica diariamente aplicado. La intuición y la experiencia se dice, señalan al magistrado la aplicación empírica del *standard*. La misma doctrina pone como ejemplos de esa medida de conducta social la buena fe en los negocios, la diligencia del buen padre de familia en la noción de culpa, *reasonable service and reasonable facilities* en el derecho de los servicios públicos"[235].
>
> Para Eisner, está claro que […] "estos hechos evidentes, aunque no necesitan de prueba por parte de quien desea justificarlos, pueden merecer y aceptar la prueba del adversario; porque cada día el avance de la ciencia va mostrando que hechos que se tenían por evidentes, como ciertos pacíficamente, han pasado a la historia de las ideas científicas a raíz de otras nuevas. Por ejemplo, si a un juez de la edad antigua se le hubiera afirmado que una persona en un mismo día estuvo en Roma y Grecia, hubiera considerado por evidencia que eso es imposible: por la evidencia de sus sentidos y de su experiencia. Hoy sabemos que se puede estar perfectamente en Roma y en el mismo día, en Atenas. Es decir, el avance de las condiciones de vida puede ir postergando a la historia los hechos que se tenían por evidentes y crear nuevas evidencias; pero se refiere a un estado pacífico de certidumbre proveniente del grado general de conocimiento y de instrucción que se posee. Entonces, los hechos evidentes no son objeto de prueba"[236].

235. Couture, *Fundamentos*..., cit., p. 232 y sus citas.

6.3 *Situaciones subjetivas que eximen de probar*

En estos casos, la exoneración de la prueba obedece a que el juez cuenta con una experiencia cierta y acreditada que lo orienta para resolver en un sentido determinado sin necesidad de que las partes abunden con otras explicaciones.

a) Conocimiento privado del Juez: Cuando generalmente referimos a medios de prueba lo hacemos pensando en la diversidad de verificaciones que pueden realizarse en miras a sensibilizar la percepción del juez, orientándolo a resolver sobre la pretensión propuesta.

Pero ¿qué ocurriría si el mismo magistrado que resulta competente en la causa, fuera testigo del hecho cuya revelación y consecuencias se le formulan en una demanda? Aparentemente, sería una condición ideal porque no tendría inconveniente alguno para el esclarecimiento, deducir las responsabilidades e imponer las obligaciones emergentes. Sin embargo la función del juez destaca su absoluta y total imparcialidad e independencia de criterio; si él llega a la litis con una predeterminada formación, carecería de la objetividad necesaria para resolver como tercero imparcial.

El artículo 162 párrafo final dice: "*La o el juzgador no podrá aplicar como prueba su conocimiento propio sobre los hechos o circunstancias controvertidos*".

236. Eisner, Isidoro, *La prueba en el proceso civil,* Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992, pp. 56/57.

El caso del juez-testigo impide confundir los roles: o se decide el proceso, conociéndolo a partir de los escritos constitutivos; o se excusa de intervenir por estar incurso en el conocimiento previamente adquirido. Obsérvese la gravedad que tendría el caso, si le fuese presentado un relato distinto al que pudo constatar personalmente. Efectivamente, no podría modificar los escritos, ni las circunstancias, y menos aún, establecer una regla distinta al *secundum allegata et probata*.

Diferente, en cambio, resulta el conocimiento científico que el juez tenga sobre el supuesto en consideración. V.gr.: Juez-ingeniero que esclarece un problema de responsabilidad profesional en la ciencia. La hipótesis, no obstante, guarda semejanza con la anterior. Por vía de principio, el juez debe auxiliarse con el medio probatorio de la pericia, otorgando a esas conclusiones, el valor particular que tiene por su carácter técnico[237].

Al resultar un medio de prueba, la pericia no es una consulta, porque el tribunal debe asignarle (de hecho, procesalmente lo tiene) carácter contradictorio. De modo tal que, si asumiera su condición científica y valorase directamente la cuestión sin haber expresado los fundamentos técnicos anticipadamente, privaría a las partes de un derecho, el derecho a la

237. Es necesario cuidarse de no confundir el conocimiento personal o la ciencia personal del juez, con la notoriedad general o judicial; aquél se refiere a los hechos de que el juez es testigo por haberlos conocido fuera del proceso, bien sea en su vida privada o en actividades judiciales, cuando no gocen de notoriedad general. Si el conocimiento del juez es compartido por la generalidad de las personas que forman el medio social donde ocurrió o donde ejerce aquél sus funciones, estaremos en presencia de un hecho notorio, exento de prueba; en el caso contrario ese hecho debe ser probado con los requisitos y medios ordinarios o especiales exigidos por la ley, sin que el juez pueda eximirlo de prueba en razón de conocerlo personalmente. A esos hechos no probados y conocidos por el Juez se aplica el principio *quod non est in actis non est in mundo* (lo que no está en los autos, no está en el mundo), es decir, el juez debe considerarlos como inexistentes. Todos los autores distinguen expresa o tácitamente estas nociones, inclusive los que aceptan la simple notoriedad judicial (Devis Echandía, *Teoría General de la Prueba Judicial,* tomo I, cit., p. 234).

prueba, sacándola de su ámbito natural que es la etapa de verificación o deliberación.

Por otra parte, es aconsejable utilizar el medio de prueba, aun gozando de una capacidad técnica particular, porqué permite la incorporación de otro elemento de estudio y, en definitiva, la valoración final es libre y la experticia juega como asesoramiento.

b) Las máximas de experiencia: El juez es un individuo que conoce las realidades de la vida, no es fugitivo de los diarios acontecimientos y, el paso del tiempo con sus vivencias, y el estudio meditado de las circunstancias, le permiten contar con un caudal de conocimientos que hacen la denominada "*máximas de experiencia*".

Resultan principios generales deducidos de la observación corriente del comportamiento de los hombres y, como tales, sirven para establecer una presunción o para efectuar la valoración de la prueba. Funcionan, por ende, como reglas destinadas a esclarecer el sentido jurídico de las conductas[238].

No debe confundirse con los hechos notorios, porque en estos la eximición probatoria deviene sobre cuestiones de naturaleza fáctica, en cambio, en las máximas de experiencia se trata, nada más, que de aditamentos culturales que posee el juez para formar un criterio lógico. Mientras el hecho notorio forma parte del fundamento de hecho de la demanda o la excepción, las reglas de la experiencia sirven para verificarlo, sin que pertenezcan al material probatorio allegado al proceso[239].

Precisamente por ello las máximas no necesitan de prueba corroborante, aún cuando esta cuestión tenga dividida las opiniones doctrinarias.

238. Palacio, *Derecho Procesal Civil*, tomo IV, cit., p. 355.
239. Devis Echandía, *Compendio…*, tomo I, cit., p. 135.

> Carnelutti puso de resalto el inconveniente de utilizar la voz prueba para el conocimiento de la reglas del derecho, porque, en definitiva, se hace una extensión desmesurada del concepto; debiendo por tal razón excluirse de la idea, los procesos de fijación de las reglas del derecho y de experiencia […]. "Ello significa que no constituyen objeto de la prueba histórica las entidades abstractas, como son las reglas de experiencia o de derecho: lo que se puede probar históricamente es el hecho de su función o de su afirmación, no la regla misma. No existe un testigo o un documento de la regla, porque la regla no puede ser percibida, existe tan sólo el testigo o documento de su formación o de su afirmación"[240].

La posición opuesta se solidifica en la opinión de Florian quien al referirse a los principios de experiencia sostiene […]:

> "De ellos puede hablarse, como objeto de prueba separado y peculiar, solamente en cuanto el perito y el testigo no los empleen cuando efectúan la observación de la cosa"[241].

Pero esta distancia entre el hecho y la regla admite posibilidad de confusión con los hechos notorios, los evidentes, o bien con el conocimiento privado del juez. Si los hechos son conocidos por todos, sin importar el calificativo o adscripción a un grupo, ellos no se pruebas. A *contrario sensu*, los otros requieren de verificación.

> No obstante, cuando cita a Stein pretende introducir una caracterización de las reglas o máximas de experiencia: "Son definiciones o sentencias hipotéticas de contenido general, independientes del caso concreto que se ha de Juzgar en el proceso y de sus elementos particulares, de cuya observación se deducen y que pretenden tener valor en la relación con nuevos casos"[242].

240. Carnelutti, *La prueba civil*, cit., p. 255.
241. Florian, ob. cit., p. 167.
242. Cit. de Devis Echandía, *Compendio*..., tomo I, p. 98.

Estas afirmaciones dejan pendiente una diferencia que no parece tener, liminarmente, cierta consistencia: si los hechos, luego de analizados y comprobados adquieren una íntima virtud, absoluta y obligatoria para el Juez; y las máximas de experiencia, concilian el resultado al conjuro del examen libre del juzgador, ¿cuál será la diferencia? Según sus dichos sería, que las reglas agregan pautas de opinión, y los hechos demostrados pautas de decisión.

> Aclara Rosenberg que […] "también la reproducción de un acontecimiento tan simple como, por ejemplo, que un ciclista ha atropellado a un niño, es un juicio sobre hechos o uno de los llamados juicios que afirman hechos; es decir, una conclusión obtenida mediante subsunción de lo percibido en ciertos conceptos generales o máximas de experiencia como proposición mayor y formado, por tanto, mediante reglas lógicas"[243], sin embargo "la existencia de una máxima de experiencia, de una norma jurídica, es también un hecho en el sentido lógico; pero no es un hecho en el sentido del derecho de prueba"[244].

Lo conveniente, a nuestro criterio, está en no confundir el juicio proposicional que puede partir del análisis de un caso cualquiera, provenga el mismo de un partícipe directo (testigo) como indirecto (perito), con las situaciones que cobran estado público y trascienden al conocimiento de la generalidad como hechos notorios, e inclusive, con la experiencia capitalizada en la vida y en el oficio, que reporta una cultura jurídica especial que se utiliza en el proceso sin necesidad de llamado o alegación de parte.

El caso de los testigos y peritos no incide en la regla de experiencia (que es un juicio de valor) porque son explicaciones agregadas sobre la contingencia de uno o varios hechos; tampoco repercuten los hechos notorios, por lo ya apuntado; en

243. Rosenberg, *Tratado de Derecho Procesal Civil,* tomo III, cit , p. 98.
244. Rosenberg, *Tratado de Derecho Procesal Civil,* tomo III, cit., p. 221.

suma, la regla o máximas de experiencia son un haber del Juez que sirven para valorar la prueba.

En verdad, como son juicios lógicos adquieren cierta afinidad con las presunciones judiciales, de las que jurisprudencialmente se echa mano de continuo. Haciendo aplicación de ellas se ha resuelto que constituyen hechos evidentes que no requieren forzosamente ser probados y, por lo tanto, se resuelven acudiendo a las reglas que disciplinan la carga de la prueba.

6.4 La naturaleza del hecho

Existen otros hechos que quedan eximidos de probar, sea porque la ley predetermina razones por las cuales estima la innecesidad; o bien, por gozar de suficiente acreditación previa en los antecedentes que lo revisten. Son ellos:

a) Hechos cuya prueba prohíbe la ley: Según Devis Echandía si la ley prohíbe un hecho por razones de moral o de otro orden, ese hecho resulta excluido del objeto concreto de prueba, aun cuando se relacione con la materia debida y constituya un presupuesto de la pretensión o excepción; esto significa que con mayor razón tal hecho no puede formar parte de la prueba.[245]

A veces, esa prohibición viene predeterminada por la ley, en cuyo caso el problema deja de estar en el aspecto de si ese tema debe o no ser objeto de prueba, porque de hecho la necesita; para afincarse en la limitación del medio y en la libertad para aportarlo.

b) Hechos eximidos de prueba por sus antecedentes jurídicos: Si los hechos propuestos a examen son reiteración de los analizados y ponderados en una instancia judicial anterior sobre la

245. Devis Echandía, *Compendio*..., tomo I, cit., p. 119.

que existe sentencia o no llegó a dictarse por cuestión de prejudicialidad, esas circunstancias no requieren de prueba.

c) Hechos que no se revelan por secreto justificado: En rigor la eximición no asienta en los hechos que pueden conservarse en secreto, sino en la eximente del deber de declarar por razones justificadas, como pueden ser la posibilidad de incurrir en infracción penal que involucre al deponente, la revelación de un hecho conocido a través del ejercicio profesional, la necesidad de amparar derechos de la parte o de terceros, la custodia de los supremos intereses de la Nación, entre otros.

Por ejemplo, el artículo 175 párrafos segundo y siguiente, establece que el testigo podrá negarse a responder cualquier pregunta que: 1) Pueda acarrearle responsabilidad penal personal, a su cónyuge o conviviente en unión de hecho o a sus familiares comprendidos dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, excepto las que se refieran a cuestiones de estado civil o de familia. 2) Viole su deber de guardar reserva o secreto por razón de su estado u oficio, empleo, profesión, arte o por disposición expresa de la ley.

Capítulo XII

Consideraciones Finales

1. Los principios en el COGEP

El proceso es una unidad que como se ha señalado con anterioridad, respeta garantías y predispone reglas que acompañan la celebración de los actos procesales. En este aspecto no se aparta, ni podría hacerlo, de las libertades individuales que cada parte tiene para defender sus derechos.

El debido proceso, como máxima garantía, no abandona ni resigna sus directrices en la prueba, pero potencia una variable que, aunque no significa ni debe llevar a confundir los principios con las reglas comunes del proceso contradictorio, persigue consagrar en todo el proceso por audiencias que diseña este Código General, dando especial atención a los *deberes* antes que los *derechos*.

Las disposiciones preliminares (arts. 1 al 8) testimonian cuanto se persigue, y cada principio orienta al juzgador, para aplicar con ellos el destino fijado por el legislador.

Buena parte coincide en dividir los principios entre los que corresponden al proceso y las que se aplican a los procedimientos, pero no faltan quienes prefieren darle más precisión al problema, clasificándolos siguiendo el momento cuando han de imperar.

En esta línea Ramos Méndez sostiene que […],

> "los principios del proceso civil vienen condicionados por el significado y función del proceso civil en el ámbito del ordenamiento jurídico y, en concreto, por la índole de su objeto. Son por lo tanto válidos y homogéneos para todo tipo de proceso civil. Entre ellos unos rige la actividad de las partes, otros la actividad del órgano jurisdiccional y otros la interacción de ambas en orden al juicio. Los principios del procedimiento, por el contrario, son funcionales y de carácter mas bien técnico. Se adoptan con criterios de oportunidad, en función de la mayor o menor complejidad del procedimiento o por conveniencias prácticas"[246].

En el mismo sentido, Gimeno Sendra ha señalado que […]

> "Para reflejar la estructura del proceso, dos caminos se nos ofrecen: el uno podría consistir en descubrir cada uno de los actos o fases fundamentales que transcurren en el mismo desde la demanda hasta la sentencia, y el otro estribaría en reflejar los principios informadores del proceso, a través de los cuales se puede llegar al conocimiento del comportamiento de los sujetos que intervienen en el proceso, sus posibilidades, cargas y obligaciones procesales"[247].
> "El primero de ellos, que podríamos calificar de procedimentalista, ocupó a los «prácticos» o autores del siglo XIX, pero en la actualidad debemos rechazarlo por incompleto, pues tan sólo contempla el lado formal de la actuación procesal, y poco científico, toda vez que mediante tal método tan sólo se adquiere una visión casuística del quehacer diario en la actividad de los Tribunales"[248].

246. Ramos Méndez, Francisco, *Derecho Procesal Civil,* Tomo I, Bosch, Barcelona, 1990 (4ª ed.), p. 337. De nuestra parte, también seguimos este modelo de clasificación en nuestra *Introducción al Derecho Procesal Constitucional,* cit., pp. 187 y ss. Asimismo en *Derecho Procesal Civil,* tomo I, volumen 1, cit., pp. 371 y ss.
247. Gimeno Sendra, Vicente, *Fundamentos de Derecho Procesal,* Cívitas, Madrid, 1981, p. 177.
248. Gimeno Sendra, ob. cit., p. 177.

Por su parte, Lino Palacio en Argentina, advierte claramente el inconveniente de concretar los principios procesales de una vez y para siempre, pues afirma que ellos responden a circunstancias históricas, políticas y sociales que caracterizan al Estado. Por eso mismo sostiene que […],

> "en su mayor parte, los principios procesales no revisten carácter absoluto. Difícilmente, en efecto, la ley que adopta un determinado principio no prevé, respecto de ciertas situaciones, la necesidad de hacer prevalecer, en mayor o en menor medida, un principio distinto, y aún opuesto. El principio dispositivo, por ejemplo, es susceptible de funcionar junto con las facultades concedidas a los jueces en materia de iniciativa probatoria, siempre que el ejercicio de tales facultades no ocasione agravio al derecho de defensa ni comprometa la igualdad entre las partes. El principio de contradicción sufre atenuaciones importantes en cierta clase de procesos cuya efectividad resulta incompatible con una plena y actual posibilidad de audiencia y prueba para ambos litigantes (procesos cautelares y ejecutivos)…"[249].

Muchas más podrían ser las opiniones sobre la división práctica o la enseñanza por esquemas de cada uno de los principios procesales, pero desde nuestra perspectiva queremos formular un ideario diferente.

Se insiste con diferenciar los *principios*, las *reglas* y las *garantías*. Los primeros pueden resultar permeables a situaciones de práctica porque determinan acciones y conductas de las partes en el proceso; el restante, en cambio, no admite deformaciones ni lecturas ambivalentes o alternas.

De este modo, se puede aceptar la penetración en la formación técnica del proceso, de otras cuestiones vinculadas con la política (social, jurídica, económica, etc.), de manera que, en de-

249. Palacio, ob. cit., pp. 251/252.

finitiva, el cuadro de formalidades y características quede adaptado para un determinado contexto.

Si esta permeabilidad no se discute, será verdad que los efectos más inmediatos se apreciarán en los principios dispositivo y oficial, pues del reconocimiento o no del derecho a la propiedad privada de los medios de producción, o si se prefiere –como argumenta Gimeno Sendra– de la existencia de un sistema capitalista o socialista puede depender la hegemonía en la esfera del principio dispositivo u oficial[250].

Lo mismo podrá acontecer con el modelo que se adopte para la investigación de los hechos y, en su medida, el valor que se quiera dar a la verdad en el proceso y los modos de alcanzarla. E inclusive, el propio reaseguro de la intervención del juez podrá quedar sometido en el campo de las reglas, si es que desde la legislación se prefiere un juez inactivo, pasivo, inerte, en lugar del actual director, activo, y protagonista en el conflicto que debe resolver.

Sin embargo, lo que no podrán cambiar serán los parámetros para que exista "debido proceso", en definitiva, la máxima garantía que se debe resguardar de toda influencia política.

2. El principio de igualdad

Este principio no tiene título específico, omisión que no es deliberada pues está claro en el COGEP que el respeto por la

250. Gimeno Sendra, ob. cit., p. 178. Además, cabe destacar la opinión de Serra Domínguez quien afirma para apoyar su tesis sobre el carácter técnico de los principios del proceso que el CPC Italiano de 1942, promulgado en la Italia fascista, es hoy el vigente, que la ZPO alemana no fue derogada por el Estado nazi y que la LEC de 1881 también ha perdurado bajo los regímenes más diversos (Serra Domínguez, Manuel, *Liberalización y socialización del proceso civil,* Revista de Derecho Procesal, 1971, pp. 514/515).

igualdad no necesitar estar presentada como principio, desde que se la trata como una verdadera garantía. Se refiere a la imposibilidad de tratar de manera distinta a las partes cuando ellas ofrecen, contradicen y producen los medios de prueba de que intentan valerse.

Pero esa igualdad de oportunidades para probar no significa, como observa Micheli[251], que exista un trato procesal similar para la actividad que ambas partes desempeñan, en el sentido de que se exija a ellas por igual la acreditación de los distintos hechos que interesan al proceso y de que los dos tengan idéntica necesidad de aducir su prueba, pues por el contrario, agrega Devis Echandía […],

> "la condición de demandante o de demandado y la posición frente a cada hecho influye en esa situación, como se observa en el principio fundamental de la carga de la prueba. Aquí se tiene en cuenta el efecto jurídico concreto perseguido por cada parte, sus pretensiones y excepciones, lo mismo que la condición intrínseca del hecho cuando se trata de negaciones indefinidas o cuando goza de notoriedad general o de presunción legal"[252].

En la práctica es una igualdad para los iguales, es decir, dar idénticas posibilidades de probar a cada uno atendiendo sus respectivos intereses en comunión con las reglas técnicas del proceso.

La equiparación de oportunidades ocurre en el anuncio, así como para la contradicción y producción de cada medio de prueba. Respecto al *ofrecimiento*, cabe atender a los conceptos de *pertinencia* y *admisibilidad*, por cuanto la garantía de defensa en juicio no impone la recepción absoluta de toda la prueba ofrecida, sino de aquella que haya sido ofrecida y en la medida que

251. Micheli, Gian Antonio, *La carga de la prueba,* traducción de Santiago Sentís Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1961, p. 316.
252. Devis Echandía, *Teoría General de la Prueba Judicial,* tomo I., cit., p. 124.

no sean improcedentes, superfluas o meramente dilatorias (arts. 160 y 161, COGEP).

Hay una lógica de esta etapa procesal. El juez es receptor y solo pondera si el material ofrecido corresponde a los hechos alegados por los litigantes, toda vez que los no alegados, no pueden ser acreditados, y por ende, también le está vedado al juzgador investigar su existencia. Por tanto, la actividad probatoria debe recaer sobre las afirmaciones formuladas inexcusablemente en los escritos constitutivos al proceso, o bien aducidos y admitidos oportunamente como hechos nuevos, en razón de que los elementos probatorios que excedan el marco de aquéllas deben quedar excluidos del análisis a efectuar, puesto que, en caso contrario, se vería transgredido el principio de congruencia.

El equilibrio de oportunidades se complementa con la posibilidad adecuada de *controvertir* la eficacia probatoria del medio, cuestionar la validez de su aportación, o controlar la producción. Es consecuencia del principio de publicidad en el proceso, como de la bilateralidad y contradicción. En este recorrido la parte puede oponerse al ofrecimiento de un medio probatorio, tal como lo regula el art. 165.

Regla que se extiende restando eficacia probatoria a la prueba obtenida por medio de simulación, dolo, fuerza física, fuerza moral o soborno. Igualmente será ineficaz la prueba actuada sin oportunidad de contradecir (art. 160).

3. Principio de lealtad, probidad y buena fe

El principio de moralidad trabaja en la prueba en varios aspectos que obligan al juzgador a estar atento con las alegaciones y el desempeño de las partes. La prueba ve delineado sus contornos en esta proyección del principio de buena fe, en razón de que el procedimiento probatorio es una tarea de reconstrucción histórica que no puede quedar en manos de solo una de las partes. Es cierto, por qué negarlo, que la sutileza de los procedimientos permite al demandado descansar en su negativa y esperar que la confirmación de los hechos (o su descubrimiento) quede a cargo de quien los afirma; pero también lo es que esa conducta lleva a una desigualdad técnica, si se interpreta que, quien no está obligado a probar, tampoco tiene deber de colaboración o le resulta excusable.

De modo entonces que la buena fe puede ser entendida como un *hecho* o como un *principio*, aunque desde el primer concepto se vaya hacia el término jurídico, conforme un desenvolvimiento congruente con el modo y el tiempo en que corresponde analizar la real configuración de la buena fe. El derecho, en general, tipifica las conductas de los hombres pretendiendo que se ajusten a las normas dispuestas, amparando con su protección a los que coinciden en el cumplimiento y sancionando a los infractores.

Por ejemplo, si quien quiere probar el estado de lugares o cosas que tiene el accionado, y éste las destruye o altera, la conducta procesal desatinada no puede quedar protegida por la inercia probatoria o el ejercicio supuesto de un derecho de defensa.

Para Peyrano […],

> "hoy es innegable el imperio del principio de moralidad en el proceso civil, y también que cuando el legislador se refiere a los deberes procesales de obrar con lealtad, probidad y buena fe no está haciendo otra cosa que materializar el susodicho principio de moralidad. Y ya tampoco hay duda respecto de que el tenor de las normas legales que consagran dichos deberes es revelador que se está reconociendo a los

jueces y tribunales el poder-deber de prevenir y sancionar los actos abusivos perpetrados dentro del debate judicial. Esto no implica que debe desterrarse el principio dispositivo, por el contrario debe permanecer vigente, pero dándole los límites precisos como para que no se convierte en un arma que atente contra la justicia y que haga prevalecer la mentira y el engaño, por sobre la verdad objetiva y la consagración del derecho"[253].

Vertiente de este postulado es la valoración objetiva de la conducta que las partes devuelven en el proceso. Parece lógico recordar que la actividad probatoria procura confirmar la verdad de una proposición, mediante una cosa o un hecho tomado de la realidad; en tal sentido, si el que tiene que demostrar esa verdad pudiera por si mismo crear la realidad apta para confirmarla, el juicio carecería de razón suficiente. En cambio, distinta es la situación de la prueba en contrario, pues en este caso la proposición no tiene la misma fuente que la demostración. O la voluntad que inspiró la proposición se ha modificado demostrando el error de lo anterior, o la demostración responde a una circunstancia más fuerte que el interés: la realidad.

Todo el arsenal probatorio tiene una modalidad específica que la adjetiva; no obstante, esos encuadres procedimentales no controlan la veracidad del medio. Si estos aparecen *ictus oculi* como falsas, el abogado puede negarse a servirse de ellos, o utilizarlos en desmedro de los principios de rectitud y honradez.

Se ha destacado que "el defensor tiene del deber de controlar objetivamente la seriedad, moralidad y pertinencia de las pruebes que se le proporcionen, investigación que a menudo es bastante delicada y difícil, circunstancia que hay que tener en cuenta al valorar la conducta del abogado. En resumen, frente a las pruebas falsas el abogado tiene el deber de rechazarlas absteniéndose de colaborar con el cliente en este punto"[254].

253. Peyrano, *Valor probatorio de la conducta de las partes*, La Ley.1979-B, 877.

4. Publicidad y control de la prueba

La igualdad de oportunidades y el comportamiento leal, probo y honesto se reúnen en este principio que significa dar a conocer a las partes los medios de prueba que van a producir y acordar que ella pueda ser controlada en mismo acto de la actividad o en forma posterior.

Para Devis Echandía supone que debe permitirse a las partes conocerlas, intervenir en su práctica, objetarlas si es el caso, discutirlas y luego analizarlas para poner de presente ante el juez el valor que tienen, en alegaciones oportunas […],

"pero también significa que el examen y las conclusiones del juez sobre la prueba deben ser conocidas de las partes y estar al alcance de cualquier persona que se interese en ello, cumpliendo así la función social que les corresponde y adquiriendo el carácter social de que habla Framarino dei Malatesta. Se relaciona también este principio, por consiguiente, con el de la motivación de las sentencias, que no se excluye en el sistema de la libre apreciación de las pruebas, y con el de la publicidad del proceso en general"[255].

5. Principio de imparcialidad e impartialidad

Algunos insertan estos principios como integrantes del elenco general que caracteriza toda la actividad probatoria. Lo

254. Lega, Carlos, *Deontología de la profesión de abogado,* Cívitas, Madrid, 1996, p. 93.

255. Devis Echandía, *Teoría General de la Prueba Judicial,* tomo I, cit., p. 125.

enumeran como *principio de la imparcialidad del juez en la dirección y apreciación de la prueba*[256], pero en nuestra opinión son etapas anteriores que tienen exigencias propias que ordenan, en general, el principio de validez y eficacia de la prueba.

Hay lineamientos generales como el principio de legalidad de la prueba que tiene manifestaciones especiales[257]; y también, hay singularidades que se destinan especialmente a la actividad probatoria, como el principio de inmediación o la pertinencia y admisión de los medios.

Gira en derredor de ellos la dirección del proceso que tiene el juez con sus facultades de preferencia y selección de las pruebas, aun siendo evidente la primacía por el principio de libertad en la producción de la toda la prueba anunciada.

El principio lleva a que las simples discrepancias con el criterio seguido en esa elección y valoración no sustenten la tacha de arbitrariedad, menos aún cuando se admite en el párrafo final del artículo 160 […]

> "La resolución por la cual la o el juzgador decida no admitir alguna prueba podrá apelarse con efecto diferido. De admitirse la apelación, la o el juzgador superior ordenará la práctica de la prueba, siempre que con ella el resultado pueda variar fundamentalmente."

Al mismo tiempo, compromete su interés en la búsqueda de la verdad, por tanto, cuando el juez desestima medios ofrecidos por considerarlos inoficiosos o impertinentes, controla la regularidad del ejercicio de verificación; pero, con igual responsabilidad, debe instruir oficiosamente con el fin de esclarecer la verdad de los hechos debatidos en la litis.

256. Devis Echandía, *Teoría General de la Prueba Judicial,* tomo I, cit., p. 129.
257. Cfr. Párrafo cuarto del art. 160 que dice […]Carece de eficacia probatoria la prueba obtenida por medio de simulación, dolo, fuerza física, fuerza moral o soborno. Igualmente será ineficaz la prueba actuada sin oportunidad de contradecir.

Recuérdese, una vez más, que el remedio mas eficaz contra el riesgo de la parcialidad no consiste en argüir obstáculos a la investigación de la verdad. Consiste sí, en imponer al juez el respeto escrupuloso de la contradicción en la actividad instructoria y la estricta observancia del deber de motivar sus decisiones, mediante el análisis cuidadoso de la prueba producida y la indicación de las razones de su convencimiento acerca de los hechos[258].

6. Legalidad de la prueba

La obtención de la prueba, en cualquier tipo de procesos, para ser válida y permitir al juez su valoración, debe lograrse por vías legalmente establecidas. La legalidad no describe el medio o la fuente de prueba, sino el procedimiento como se consigue, por eso cuando se analiza la prueba ilícita, el problema no está en admitirla sino en resolver su aptitud como prueba de cargo. Por ejemplo: la confesión del imputado sometido a apremios ilegales es inadmisible por la compulsión puesta en la actividad. Otro caso: la grabación subrepticia de conversaciones viola la intimidad de las personas, razón por la cual, el o los testimonios conseguidos no pueden servir como evidencia.

Sin embargo, la ilicitud de una prueba no impide, bajo ciertas circunstancias, que se lleve al proceso con el fin de acreditar hechos y circunstancias que pretenden justificarse con ella.

> Picó i Junoy aporta como alusión del problema, el de la cinta magnetofónica en la que aparece recogida una determinada conversación interceptada por uno de los intervinientes, o un tercero bajo la autorización y supervisión judicial[259]. En

258. Barbosa Moreira, José Carlos, *Breves reflexiones sobre la iniciativa oficial en materia de prueba,* Comares, Granada (España), 1984, p. 17.
259. Pico i Junoy, Joan, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, J.M. Bosch, Barcelona, 1996, p. 356.

> este último caso se exige la existencia de una motivada resolución judicial que ponderando los intereses en conflicto, esto es, bajo la estricta observancia del principio de proporcionalidad, entienda que puede limitarse la vigencia del derecho al secreto de las comunicaciones. En consecuencia, la ausencia de *autorización judicial* o de *motivación razonable* en ella, determinan, irremediablemente, la ilicitud de la prueba obtenida.

Legalidad de la prueba no se debe confundir con "prueba legal" que se relaciona con los sistemas de valoración que se expone en los resultados de la prueba. La referencia es con la "licitud" (de lo que es lícito probar y de cómo hacerlo sin violar derechos superiores). En general suele quedar expuesto en el principio de legalidad penal, en la medida en que nadie puede ser condenado sino por delito o falta previamente establecido en la ley (previa, escrita y estricta), así como a la pena que en dicha ley corresponda y siempre que se haya observado idéntica escrupulosidad en la legalidad del procedimiento, y muy especialmente, en enervar la presunción de inocencia a través de "pruebas legales", comprendiendo en este término el complejo entramado jurídico que abarca tal concepto.

> Afirma Armenta Deu que […] "desde esta perspectiva y atendido que el derecho penal sólo se realiza a través del proceso, la búsqueda de la verdad material ha constituido uno de los fines destacados del proceso penal, justificando, entre otros aspectos, manifestaciones de oficialidad en la fase investigadora del proceso y en el propio juicio oral en materias relacionadas, precisamente, con la investigación y obtención de fuentes de prueba y la práctica de medios de prueba. No debe olvidarse, por otro lado, la distinción conceptual entre fuente y medios de prueba, patente en esta materia, donde primero se desarrolla una actividad investigadora para obtener las fuentes de prueba y después una actividad de verificación, a través precisamente de la incorporación de un determinado "medio probatorio", que es objeto de práctica o incorporación y reproducción en los

> casos de prueba anticipada o preconstituida. En segundo lugar, desde el punto de vista de las fuentes, la licitud de la prueba se referirá a quien ha obtenido la fuente (el juez instructor; la parte o la policía); para, a partir de ahí, plantear si en razón de la forma de obtener la fuente de prueba, cabe usar posteriormente tal fuente y el correspondiente medio en el proceso, realizando la actividad prevista legalmente, y en tercer y último lugar *(last but no least)*, la prueba ilícita patentiza la tensión entre la tutela de bienes esenciales de la sociedad a través del proceso penal, como medio ineludible de realización del derecho penal, y por otro, la propia libertad y derechos de los ciudadanos a quienes se imputa una lesión de tales bienes esenciales"[260].

7. Principio de originalidad

Originalidad quiere decir correspondencia entre el medio de prueba con el hecho a probar, que expuesto en otros términos significa no admitir la producción de una prueba cuando manifiestamente tienda a sustituir o a ampliar otros medios de prueba que específicamente correspondan por ley, o por la naturaleza de los hechos controvertidos (art. 161, COGEP).

Se sustituye cuando, por ejemplo, se quiere probar con testigos la existencia de un contrato que solamente podría verificarse con el documento que acredite la vigencia y celebración. Se amplía y es improcedente cuando se ofrecen testigos que no acreditan más que de fuentes indirectas la producción de un hecho, perdiendo la calidad de prueba directa (aunque el testimonio mediatiza el hecho).

260. Armenta Deu, Teresa, *La verdad en el filo de la navaja (Nuevas tendencias en materia de prueba ilícita*), Revista Ius et Praxis, 13 (2), 2007, pp. 245 y ss.

8. Inmediación del juez en la prueba

Por vía de principio, la presencia del juez hace a la eficacia de la prueba; facilita el cumplimiento de las formalidades, preserva la lealtad en el debate y la conducta de quienes están en los actos de producción probatoria, como resuelve de inmediato las cuestiones de admisibilidad.

Recordemos que las bases del *principio de inmediación* se encuentran en tres objetivos fundamentales*: a)* que el juez se halle en permanente e íntima vinculación con los sujetos procesales; *b)* que sea el director del proceso atendiendo cada una de sus etapas, en especial la probatoria y, *c)* que las partes, entre sí, se comuniquen bajo la consigna que supone el principio de bilateralidad de la audiencia. Es decir, repliega absolutamente la posibilidad de actos que solo pueda el juez conocer a partir de una presentación directa que no tenga traslado[261].

La doctrina interpreta que siendo la inmediación un principio general del proceso, su importancia se acrecienta en relación con la prueba, tanto en el proceso civil como en el penal. En los procedimientos orales que imponen la recepción en audiencia de las pruebas presentadas por las partes u ordenadas por el juez oficiosamente, se cumplen mejor con la inmediación; en los escritos debe sin embargo aplicarse, salvo cuando, por ocurrir su práctica fuera de la circunscripción territorial donde puede ejercer jurisdicción el funcionario, se hace indispensable comisionar al de otro lugar[262].

Esta idea se acentúa cuando se persigue que sea el juez quien controle todos los actos del proceso, y queda en su máxima expresión cuando en los procesos por audiencias se fijan los hechos que deben ser materia de prueba. En estos casos, la

261. Gozaíni, Osvaldo A., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación,* Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2006 (2ª ed.), p. 96.
262. Devis Echandía, *Teoría General de la Prueba Judicial,* tomo I, cit., p. 128.

inmediación significa actividad e impulso, y hecha por tierra aquella división entre jueces delegados o instructores y jueces de sentencia, que es un clara muestra de la desconfianza a la inmediación. También lo es que ha favorecido su práctica, el padecimiento endémico del proceso escrito con su carga de burocracia y solemnidad que postergó todo interés directo.

Ahora bien, es de presumir que la inmediación como principio sostiene tres precisiones claras: 1º) dirigir, 2º) estar y ver el proceso, y 3º) facilitar la comunicación entre las partes; pero como sistema requiere de otra exigencias. La primera resulta de la imprescindible unidad física de la jurisdicción, porque si quien orquesta la marcha y conduce el procedimiento no es el mismo que va a dictar la sentencia, *mutatis mutandi*, sortearía la suerte del principio desmereciendo los elogios que anticipadamente consigue. De todos modos, conviene decir que existen algunos tropiezos para consagrar esa unidad como máxima insoslayable. Ocurre que existen pruebas que por razón de la distancia (de personas o de cosas) deben producirse ante un juez requerido. De igual contingencia son algunas delegaciones autorizadas como el reconocimiento judicial, o la comprobación de ciertos actos a partir del informe de terceros.

Inclusive, se podría aceptar que también mediatiza el proceso de intervención del intérprete que traduce los dichos de un escrito o declaración, o de una persona incapacitada para expresarse de uno u otro modo. En realidad, estas circunstancias no impiden sostener la vigencia de la identidad, porque se trata de advertir la continuidad para los actos de apreciación de la prueba que son, por vía de principio, los que deciden el curso favorable o no de una pretensión.

La segunda condición para asegurar la eficacia de la inmediatividad se relaciona con otros principios procesales; ellos son: la celeridad y la concentración. La hipótesis dice que, producida la prueba el juez debe, rápidamente, valorarla; de otro

modo dilataría las ventajas ganadas de la percepción directa posibilitando la fuga de aspectos que la memoria de todo hombre, por lo general, pasado el tiempo no registra.

Se complementa el principio con la concentración de actos que introduzcan a un mismo tiempo elementos de convicción o soporte del material en disputa.

> Como vemos, la inmediación no requiere solo del proceso oral; bien puede lograrse en un sistema escriturario. "Si un Tribunal decidiera en base al resultado de actas, el procedimiento sería inmediato pero escrito; contrariamente, una prueba testifical realizada por un juez comisionado, mediante la vía del auxilio judicial, es mediatamente oral"[263]. El nudo gordiano escala en la etapa probatoria y en dos sentidos: presencia en los actos de producción; y valoración directa al tiempo de sentenciar.

Cuando decimos "presencia" del órgano jurisdiccional, requerimos la asistencia personal del juez en las audiencias, sin escamotear esa virtud en base a giros idiomáticos, interpretaciones de la norma, o silogismos que crea la resistencia al principio para hacer creer que *el juez está y éste es el criterio del juzgado*, aunque la cara no sea, precisamente, la del magistrado.Lamentablemente, esas ventanas que abren los códigos para salir de la inmediación propiamente entendida, ha quebrado la virtualidad del principio.

9. Concentración de la actividad probatoria

El principio de concentración pretende que los actos de prueba se practiquen bajo la regla de la *unidad* o de la *preclusión*,

263. Cfr. Gimeno Sendra, José Vicente, *Fundamentos de derecho procesal civil*, Cívitas, Madrid, 1981, p. 227.

lo que significa que, en los procesos regidos por el sistema de audiencias toda la actividad probatoria queda reunida en un solo acto de gestión sucesiva; mientras que el otro disciplina la actividad probatoria en secuencias que, cumplidas, impiden regresar a ellas salvo el supuesto de nulidades.

La importancia del modelo es vital en cuestiones de plazos y términos, porque cada uno tiene tiempos diferentes y formas de notificación asimétricas.

La concentración suele quedar emparentada con el sistema de la oralidad, pero no impide su aplicación en el régimen de la escritura o en el *mix* del juicio por audiencias, en la medida que en todos los casos, se pretende evitar que el procedimiento se diluya en la práctica de una serie de actos procesales que pueden ser ejecutados en uno solo, como por ejemplo, la audiencia única de pruebas, en que se presentan documentos, declaran los testigos, informan los peritos, se practican las confesiones judiciales, etc.

10. Admisión y pertinencia de la prueba

Más que principios, la pertinencia y admisión de la prueba son correlatos de la estimación que merezca la libertad de ella**.** En rigor, son modalidades que se ocupan de centrar el foco litigioso, procurando que el debate judicial se concentre en lo verdaderamente útil y jurídicamente relevante.

La pertinencia precisa esa íntima relación entre los hechos y la producción o actividad verificatoria. En tal sentido, guarda un nexo muy próximo con la idoneidad del acto, es decir, que la prueba que se pretende gestar debe tender a la demostración de los hechos que necesitan quedar demostrados. Por tanto, son impertinentes los medios dirigidos a esclarecer hechos que se encuentran sin discusión.

Mientras en el primer caso el juez admite prueba impertinente, por ser potencialmente idónea, para descalificarla u omitirla en la consideración de valores convictivos al tiempo de dictar sentencia; en la restante, las priva de eficacia liminar, cortándoles la posibilidad de debate y sustanciación.

La admisibilidad, se relaciona no con la eficacia intrínseca de la prueba. Puede hablarse así, de legalidad del medio, de idoneidad del elemento propuesto; del tiempo o de la forma de su ofrecimiento o agregación.

Estrictamente no pueden nominarse pruebas admisibles e inadmisibles, porque dependen, en definitiva, de una apreciación intelectual del juez que, a veces, le marca certeramente la prohibición (en cuyo caso el problema es de inconducencia de la prueba).

Pertinencia y admisibilidad de la prueba confluyen en el grado de eficacia que esta logra para influir en la convicción del juzgador. Este aspecto se denomina atendibilidad de la prueba y, como tal, se expresa en la sentencia.

11. Principios de la evaluación de la prueba

Es evidente que el análisis de la prueba es complejo y requiere de principios o guías que apoyen la construcción de una sentencia justa y razonable. Para ello las pautas se acomodan a los ideales políticos que se apoyen para un sistema procesal determinado, porque es notoria la distancia entre valorar con libertad o sujetarse al dogma de la prueba legal.

Una de las polémicas tradicionales de esta materia tan estudiada y mejor expuesta por los científicos del derecho procesal, se refiere a la naturaleza jurídica de las normas sobre pruebas civiles, para deducir de ellas el *carácter sustancial* y, en consecuencia, el valor implícito que de las reglas deriva (v.gr.: se tiene por probada la culpa si hay reconocimiento expreso o tácito; se tiene por acreditado un hecho si el contrario lo admite; si han confesión no hay necesidad de prueba, etc.); o en su caso, advertir si el *carácter* es *procesal*, y los medios actúan con fines claros que pueden ir desde la verdad plena, la verosimilitud de los hechos, la certeza o la más completa convicción, necesarias todas ellas para juzgar con seguridad.

> Observa Cappelletti que en ésta concepción lo que se quiere no es confiar al juez una decisión discrecional *caso por caso*, sino más bien elaborar criterios de solución *problemas por problemas*. Tales criterios, a su vez, podrán ser sistematizados, graduados entre sí, relacionados con criterios superiores; lo que importa, sin embargo, es que siempre se trate de criterios los cuales no hagan derivar la solución del problema de abstractas premisas conceptuales y formales –naturaleza procesal, naturaleza sustancial, y similares– sino de la conciencia de la función práctica del derecho y de la necesidad de encontrar, por consiguiente, soluciones correspondientes y adecuadas a tal función[264].

La importancia del distingo no es baladí, toda vez que juega en el ámbito de las facultades o poderes del juez para discernir resultados probatorios. Las fórmulas tan conocidas de apreciar la prueba libremente, o seguir las indicaciones ya establecidas por una norma legal, tienen igual entidad y marcan un camino del cual la jurisdicción no se puede apartar, salvo que quiera correr el riesgo de poner en crisis algunos paradigmas jurídicos.

La valoración trasunta la libertad que se tiene para resolver sobre las pruebas producidas en el proceso; es ésta una condición del razonamiento; pero hay otras libertades que dejan de

264. Cappelletti, Mauro, *La oralidad y las pruebas en el proceso civil,* traducción de Santiago Sentís Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1972, pp. 167 y ss.

ser tales cuando se imponen como deducciones lógicas basadas en cuestiones jurídicas que orbitan en la dimensión del orden público. Por ejemplo, el juez está en libertad de apreciar el valor probatorio de una pericia; pero no puede deducir de ella –ni podrá declararlo- que el hijo del matrimonio tiene un padre diferente porque hay presunciones legales que se lo prohíben. El juez tiene libertad para valorar los medios de prueba específicos que hayan sido aportados al proceso; esa libertad para determinar los hechos probados del caso, sí está limitada por las reglas de la racionalidad y la lógica, como lo aprueba la jurisprudencia.

> De este modo –dice Ferrer Beltrán–, la determinación de los hechos probados realizada contra las reglas de la lógica o, en general de la racionalidad, supondría una infracción a la ley: para ello basta interpretar las reglas que establecen la libre valoración de la prueba de forma que ordenen la valoración mediante la utilidad de la racionalidad general[265].

Lo expuesto no debe conducir a la creencia que la apreciación de la prueba se rija con principios porque, en realidad, son sistemas los que dominan la elaboración de la sentencia y el resultado probatorio.

Cuando hablamos de "principios" en la etapa de apreciación nos referimos a lo que el juez debe considerar implícito en la actividad desenvuelta, esto es, cómo llega la prueba al proceso, sin poder darle un valor mayor al esfuerzo de cada parte; al agrupamiento conjunto de las pruebas que responden al llamado principio de unidad, o bien al sentido que cobra la utilidad de la etapa al tiempo de dictar sentencia.

265. Ferrer Beltrán, ob. cit., p. 67.

11.1 La adquisición de la prueba

La adquisición o comunidad de la prueba significa elaborar la pertenencia de los medios y si ellos pueden generar resultados para el proceso conforme el particular que lo aporta. Sería tanto como pensar que quien prueba algo inconveniente para sus intereses no se podría apreciar porque es él quien concreta la actividad.

Tal interpretación no es la que responde al principio de adquisición de la prueba, que se relaciona con la unidad jurídica del proceso y cada uno de sus actos. Existe una solución final única que se deduce de las actividades que las partes cumplieron en cada uno de los escritos de alegación, y en cada procedimiento de prueba encarrilado.

De ello se toma un concepto único: no es propio hablar de la prueba actora o de la demandada como si fuesen actividades aisladas. Ambas pertenecen al proceso, con la particularidad que quienes activan cada demostración y verificación, lo hacen basados en un interés propio.

La reunión del material probatorio es común, a pesar de las individualidades en el esfuerzo. También es común el significado que arroja cada medio, al punto de quedar demostrado que ninguna prueba favorece en lo útil para descartar lo desfavorable. De acuerdo a ello, todas las partes se benefician o perjudican por igual. La adquisición procesal de la prueba, basada en esta apreciación, tiene dos significados: importa la comunión de la actividad para incorporar la prueba al proceso (comunidad del proceso probatorio); Y también la solidaridad de los resultados de los ejercicios probatorios.

> Chiovenda tomó ambos puntos, explicando que […]: "Un derecho importante para las partes se deriva de las circunstancia que la actividad de ambas pertenece a una relación

única. Este derecho consiste en que los resultados de sus actividades son comunes a las dos partes en juicio. En virtud de este principio, llamado de adquisición procesal, cada una de las partes tiene derecho a utilizar las deducciones hechas y los documentos presentados por la contraria, las peticiones que ésta presente o los actos de impulso procesal que realice"[266].

En cambio otros, de alguna manera fundados en Rosenberg, sostienen que la adquisición solamente cumple eficacia en un terreno de los resultados de la prueba. Sentís Melendo, por ejemplo, dice que "la adquisición procesal alcanza la categoría del principio concreto y específico en materia probatoria"[267].

A pesar de cierta opinión que refleja la inconveniencia del principio para operar en sistemas procesales, lo cierto es que cualquiera de ellos, dispositivo o inquisitivo, no guarda relación mas allá de la incorporación como se produce la prueba en el proceso. En la adquisición procesal la acumulación de medios y el resultado de ellos, es la principal figura de caracterización, en cambio, en los sistemas procesales, el *quid* radica en la forma de captar los medios y las fuentes de prueba.

Adviértase en el funcionamiento del COGEP como se desenvuelven estos postulados: El proceso se estructura desde los hechos alegados por las partes, de manera que los otros quedan fuera, sin posibilidad de incorporación. Inclusive, es posible descartar en la etapa probatoria, los hechos no deducidos, o bien que sean superfluos, improcedentes o meramente dilatorios. La adquisición aquí, solamente se observa en este tipo de circunstancias; pero el principio que oriente el trámite puede admitir alguna soltura en el magistrado, o ninguna, para resolver el curso de las cosas. Por ejemplo: la agregación de prueba documental es deber de las piezas constitutivas, sin embargo, en con-

266. Chiovenda, *Instituciones de Derecho Procesal Civil,* tomo III, p. 91.

267. Sentís Melendo, *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio,* cit., p. 221.*s*

tadas ocasiones, solidamente fundadas, se permitió incorporar otra que era conocida al tiempo de deducir la pretensión (y a pesar de ello no se ofreció) con el fin de alcanzar la verdad jurídica objetiva del hecho controvertido.

Ahora bien, la extensión del principio de adquisición procesal se confunde, a veces, con la comunidad de la prueba, ocurriendo ello, porque se toman los sucesos que el ordenamiento procesal describe. En realidad, sería nada más que un aspecto de la adquisición.

En la prueba de peritos, la comunidad probatoria es explícita, sin importar el desinterés que pueda, eventualmente, manifestar una parte. Lo mismo puede concluirse con todos los demás medios.

Con ello quedaría demostrado que las pruebas se adquieren para el proceso y para ser valuadas por el juez junto a las demás alegaciones de las partes, que no podrán ir contra sus propios dichos. En cambio, se adquiere en beneficio del proceso y para la utilidad convictita, sin que puedan los litigantes quebrar la unidad del proceso, queriendo descartar aquellos que les fuera perjudicial.

11.2 El principio de la unidad de prueba

Para la correcta apreciación de los hechos es necesaria la aplicación del principio de unidad de la prueba, el cual determina que el conjunto probatorio del proceso forma un todo y como tal debe ser examinado y apreciado por el juzgador.

La prueba compuesta o acumulación o concurso de pruebas consiste en la valoración que exige la unidad de un método de conjunto, porque los diversos medios de prueba o elementos de

convicción empleados no constituyen compartimentos estancos; unos y otros se integran y su concurrencia permitirá arribar a la prueba definitiva de los hechos[268].

Por unidad se interpreta el sentido de implicancia e interrelación que existe entre los medios de prueba, llevando a la necesidad de apreciar a todas sin que tenga el juez necesidad de indicar aquellas que descarta o considera en particular. Lo que no resulta justo ni técnicamente aceptable es que las pruebas se aíslen del contexto que configura la totalidad. En realidad, las pruebas toman su debido valor cuando son consideradas en relación y función de todo un esquema, que naturalmente tiene un sentido, una orientación, y como consecuencia, resulta así útil para la interpretación y valoración de cada uno de los elementos probatorios integrantes de ese todo pero siempre como una parte inseparable de esa unidad.

> Para Marcelo Midón este principio concreta la garantía de la inviolabilidad de la defensa en juicio […] "que asegura al justiciable el derecho a una sentencia eficaz, esto es, a un pronunciamiento judicial que debe, en cuanto a su contenido, desarrollar una motivación suficiente. Y la motivación sólo puede considerarse suficiente cuando el magistrado valora, ajustándose a las pautas de razonabilidad y experiencia (sana crítica), los hechos controvertidos en función de la totalidad e integralidad de la prueba rendida"[269].

268. SC Buenos Aires, 1979/10/23, "*García ó Gutiérrez, Juan C. y otros*", La Ley Online. También afirma este tribunal que, la característica de la prueba compuesta consiste en la valoración que exige la unidad de un método de conjunto, porque los diversos medios probatorios o elementos de convicción invocados no constituyen compartimentos estancos ; uno y otros forman un todo y su concurrencia permitirá arribar a la prueba definitiva de los hechos ; el análisis de cada indicio en particular no debe desarticular el proceso lógico que ha seguido el juzgador en el examen del conjunto de la prueba sobre la base de apreciaciones personales o subjetivas respecto de algunos de ellos (SC Buenos Aires, 1979/09/18, "*Presno, Alberto L. y otros*", La Ley Online).

269. Midón, Marcelo S., *Principios, Máximas y Sistemas Probatorios,* en "Tratado de la Prueba", dirigida y coordinada por el autor, cit., p. 101.

11.3 Utilidad de la prueba

De utilidad probatoria son las actividades encaminadas a formar la convicción judicial. Su proximidad con la pertinencia y la admisibilidad es manifiesta, pero la diferencia estriba en que la razón de lo útil es contingente e hipotética, se verá recién la eficacia al tiempo del pronunciamiento.

Esa aleatoriedad no impide apreciar la utilidad de la prueba en conjunto o en cada medio, e inclusive, aceptar como de mayor contundencia demostrativa una prueba que otra. Es evidente que, en este plano, pensar en lo útil de acuerdo al futuro incierto es incorrecto, porque, tal como dice con agudeza y exageración Jerome Frank […],

> "el método que empleamos para demostrar al juez la verdad de los hechos equivale a lo que sería en el campo de la cirugía, el sistema de arrojar pimientas a los ojos del cirujano cuando va a practicar una operación"[270]. La utilidad, en este aspecto, se suma como derecho a la prueba.

Pero en donde cobra verdadero relieve es en su antagónico: aquello que es inútil. Desde esta óptica se coligen actividades que, a pesar del esfuerzo, no consiguen, si quiera hipotéticamente, formar grado de convicción alguna. A veces porque la demostración es imposible o inverosímil, con las reservas que surgen por el avance técnico y científico que trastroca todo principio inalterable; en otras porque el medio propuesto no se corresponde con el hecho a probar (v.gr.: informativa por testimonial o pericial; en ocasiones por la inoficiosidad evidente, como la demostración desde un reconocimiento judicial de un hecho que no tuvo secuela; en otras, porque el elemento ofrecido es redundante con un hecho presumido legalmente (las presunciones no se prueban, se valoran).

270. *Courts on trial,* p. 85, cita de Puig Brutau, José, *La jurisprudencia como fuente del derecho,* Bosch, Barcelona, s/f, p. 65.