

JUEZ, PROCESO Y JUSTICIA

José Roberto Dos Santos Bedaque

Profesor Titular de Derecho procesal
Universidad de Sao Paulo

Sumario: 1. La instrumentalidad del proceso; 2. Iniciativa probatoria del juez y preclusión; 3. Naturaleza constitucional del derecho a la prueba; 4. El objetivo del proceso; 5. Primeras conclusiones; 6. Poderes probatorios del juez y principios procesales: A) Principio del contradictorio; B) Principio dispositivo; C) Principio de la igualdad; D) Principio de la imparcialidad; 7. Las reglas de distribución de la carga de la prueba; 8. La disponibilidad del derecho material; 9. El juez y la técnica procesal; 10. Poderes del juez y la flexibilización de la técnica; 11. Naturaleza del poder de instrucción del juez; 12. Límites del poder de instrucción del juez.

1. LA INSTRUMENTALIDAD DEL PROCESO

Cualquier estudio sobre derecho procesal no puede prescindir de algunas premisas básicas: se trata de rama autónoma del derecho, regida por principios publicistas. De allí que los institutos procesales no deben ser regidos ni contaminados por las reglas que regulan la relación jurídica de derecho substancial, con fundamento en el que el autor formula su pretensión. Eso porque, siendo autónomo, el derecho procesal tiene objetivos distintos de aquéllos buscados por el legislador material al regular los conflictos de intereses. Los objetivos del proceso se mezclan con los fines del propio Estado, en la medida en la que la jurisdicción es una de las funciones con que él busca cumplir sus funciones esenciales, asegurando el bien estar de la sociedad.

La conclusión de que los principios de la relación jurídico-substancial no deben repercutir en el proceso, al contrario de lo que pueda parecer, no niega su carácter instrumental. Es consecuencia lógica del examen de la instrumentalidad del proceso no en función de la parte, de sus intereses y de su eventual derecho subjetivo, pero del Estado y de sus objetivos.

Esa mirada del fenómeno jurídico nada tiene de autoritaria. Si las normas jurídicas son creadas es porque la sociedad de ellas necesita. Como no hay condiciones para que la voluntad del pueblo pueda ser manifestada de forma directa, algunos reciben poder para representarla y tienen la misión de crear las reglas imprescindibles a la vida en sociedad. Por lo menos es lo que se presume, y la subsistencia del Estado Democrático y Social de Derecho presupone la aceptación de esa tesis. La observancia del derecho objetivo, por tanto, interesa al Estado, pues la verdadera paz social solamente si alcanza con la correcta actuación de las normas imprescindibles a la convivencia de las personas.

Ahora, si así es, esas reglas deben, en la medida de lo posible, ser actuadas correctamente. Ésa es la finalidad básica de la jurisdicción, como función estatal. Porque si el juez no adopta un comportamiento compatible con la voluntad del legislador, surge la crisis en el plano de las relaciones materiales. Llamado a ello cabe al juez eliminarla, mediante la imposición de los dispositivos y principios legales adecuados a aquella situación, restableciendo, así, la paz social.

Ahí está la instrumentalidad que se pretende existente. Cuanto más la tutela jurisdic-

cional se aproxima a la voluntad del derecho sustancial, más cerca se estará de la verdadera paz social.

En esa medida, no se puede aceptar que el juez, por respeto a dogmas no compatibles con la realidad actual, aplique normas de derecho sustancial a hechos no suficientemente demostradas, en los casos en los que la iniciativa probatoria por él desarrollada pueda aportar para mejor comprensión de la materia fáctica controvertida.

Se trata de la función social del proceso, cuya eficacia práctica está derechamente relacionada con la efectividad de este instrumento de solución de controversias. Ya que el Estado, además de crear el orden jurídico, asumió también su mantenimiento, tiene el interés en tornar realidad la disciplina de las relaciones intersubjetivas previstas en las normas de derecho material.

Establecido que la instrumentalidad del proceso debe ser concebida en función del ordenamiento jurídico-sustancial creado por el Estado, y cuya observancia encuentra en él el mayor interesado, pues de ella depende la paz social, es imposible aceptar la intransigente defensa que parte de la doctrina hace de la inercia judicial en lo tocante a la investigación probatoria, postura muy común principalmente cuando los derechos en cuestión son disponibles. No hay cómo conciliar las dos conclusiones. Si el objetivo de la actividad jurisdiccional es el mantenimiento de la integridad del ordenamiento jurídico, debe el magistrado desarrollar todo el esfuerzo posible para alcanzarlo pues, solamente si tal ocurre, la jurisdicción habrá cumplido su función social. Y, como el resultado de la prueba es, en la gran mayoría de los casos, factor decisivo para la conclusión del órgano jurisdiccional, él debe asumir posición activa en la fase investigadora, no limitándose a analizar los elementos suministrados por las partes, pero procurándolos, cuando entienda necesario.

Nadie mejor que el juez, a quien está afecto el juicio, para decidir sobre la necesidad de producir una determinada prueba. En esa

medida, y considerando el objetivo de la actividad jurisdiccional, la cosecha de elementos probatorios interesa tanto al juez como a las partes.

No puede el juzgador, es obvio, transformar la verdad en el fin del proceso y solo decidir cuando se sienta convencido de haberla encontrado. También porque es otro el objetivo a ser alcanzado mediante la actividad jurisdiccional. El juez, siguiendo el método de trabajo instituido por el legislador, al cual se denomina proceso jurisdiccional, busca la aplicación del Derecho al caso concreto, con la consecuente eliminación de las controversias y la pacificación social. Ese resultado, evidentemente, será tanto más justo cuanto mayor correspondencia haya entre la reconstrucción de la materia fáctica realizada en el proceso y la realidad verificada en el plan sustancial. La instrucción procesal no tiene por fin encontrar la verdad. Se destina solamente a proporcionar al juez el retrato más fiel posible de los hechos constitutivos, modificativos y extintivos del derecho afirmado.

Además, verdad y certeza son conceptos absolutos, difícilmente alcanzables. La expresión debe ser comprendida, por tanto, a la luz de las concepciones demostrativa y persuasoria, que, debidamente conciliadas, llevan a la idea de verdad relativa, cuya relación con la prueba no es ontológica, sino teleológica. Se llega, así, a la verdad procesal, o sea, aquella encontrada mediante el examen de todos los medios de prueba admisibles, independientemente de la iniciativa en cuanto a la respectiva producción.

Por eso, es imprescindible que el juez actúe de forma activa y determine diligencias, a fin de que el grado de probabilidad sea lo más alto posible. *Cuanto mayor su participación en la actividad instructora, más cerca de la certeza estará él.* O sea, debe el juez ir a la busca de la verdad; intentar descubrirla. Por eso, no se puede admitir que la voluntad de los litigantes sea un obstáculo a la actividad instructora oficial.

No se acepta la supuesta vinculación del juez civil a la denominada *verdad formal*, pre-

valeciendo la *verdad real* apenas en el ámbito penal. Tales expresiones se incluyen entre aquéllas que deben ser desterradas de la ciencia procesal. Verdad formal es sinónimo de *mentira formal*, pues constituyen las dos caras del mismo fenómeno: el juicio hecho a la luz de elementos insuficientes para la verificación de la realidad jurídico-material, contentándose el juzgador con la aplicación de las reglas sobre distribución de la carga de la prueba.

2. INICIATIVA PROBATORIA DEL JUEZ Y PRECLUSIÓN

Es posible que esa conclusión acabe en conflicto, al menos aparentemente, con reglas procesales, como, por ejemplo, aquellas sobre la preclusión. Se sabe que el no ejercicio de una facultad o el no cumplimiento de una carga procesal en el momento adecuado implican, en principio, pérdida de la posibilidad de hacerlo.

Admitida esa premisa, se podría indagar si sería posible al magistrado determinar la audiencia de un testigo no aportado tempestivamente por la parte interesada. La preclusión ¿no alejaría por completo esa posibilidad?

Ese aparente óbice va en contra de la tesis de la iniciativa probatoria de oficio, pues en todos los procedimientos existen momentos adecuados para la petición de prueba por las partes. Su eventual omisión genera preclusión, impidiendo la provisión de la prueba por el juez. Tal razonamiento elimina el poder del juez de que hemos hablado.

Se verifica, por tanto, la necesidad de compatibilización entre esta posición y el instituto de la preclusión.

Ante la omisión de la parte a quien compete la solicitud, debe el magistrado valerse de los demás elementos que constan en los autos para formar su convicción. Sin embargo, si son ellos insuficientes, puede y debe el juez, justificadamente, determinar la práctica de otras pruebas, oyendo en curso a los testigos no aportados en el momento adecuado.

En otras palabras: las reglas procesales referentes a la preclusión se destinan solamente a posibilitar el desarrollo normal de la relación procesal. No pueden prevalecer, sin embargo, sobre el deber del juez de intentar aclarar los hechos, aproximándose cuanto sea posible a la verdad, pues su misión es pacificar con justicia. Y eso solamente ocurrirá si la decisión resultante de la actuación de la norma se refiere a hechos efectivamente verificados.

La preclusión hace que la parte no pueda exigir la práctica de la prueba por ella deseada. *Pero no el poder conferido al juez de determinar, ex officio, la realización de las pruebas que, a su ver, puedan ayudar a la justicia del proveído, cuando lo dicte.*

Además, las reglas sobre preclusión en materia probatoria deben ser interpretadas restrictivamente. Se ha entendido, por ejemplo, que, a pesar de la regla del art. 283 del Código de Proceso Civil brasileño, la falta de documentos indispensables no implica necesariamente la no aceptación de la demanda. La jurisprudencia viene suavizando, también, el aparente rigor de ese dispositivo y del art. 396 del mismo texto legal permitiéndola añadir, en el curso del proceso, de documentos realmente esenciales a la proposición de la demanda.

Es necesario adecuar las normas procesales sobre preclusión a la garantía constitucional del debido proceso legal, en que se incluye, evidentemente, el derecho a la prueba.

Nada obsta, tampoco para que el magistrado reconsidere una decisión anterior, por fuerza de la cual no admitiera una determinada prueba. Tampoco aquí se puede hablar de preclusión.

Así, aunque la parte venga a perder la facultad de practicar determinada prueba, por consecuencia de la preclusión temporal, puede el juez ordenar su realización *ex officio*, por entenderla necesaria a la formación de su convencimiento.

No parece haber riesgo para la imparcialidad si el juez procede así, desde el instante en que no lo hace por otros motivos, oscuros, ésos sí ilegítimos. Si la actividad instructora de

oficio se destina simplemente a la formación del convencimiento del juzgador, que la ejerce en razón de verificar la existencia, en el proceso, de medios aptos para apurar los hechos controvertidos, la iniciativa no compromete la imparcialidad. La cuestión concierne solamente a la técnica procesal. A la vista de los valores involucrados, el posible conflicto entre las reglas relativas a la preclusión y lo dispuesto en el art. 130 del Código de Proceso Civil brasileño debe ser solucionado según el objetivo principal del proceso. La preclusión es un simple mecanismo técnico destinado a permitir el normal desarrollo de la relación procesal. Debe ceder delante de un valor mayor, como el representado por el convencimiento del juez respecto de la realidad jurídico-material.

De ello deriva que no puede la iniciativa probatoria oficial subordinarse a las reglas sobre preclusión, al contrario de lo que se verifica en relación con la ausencia de defensa y a la falta de controversia fáctica (CPC brasileño, arts. 319 y 334).

Esa conclusión es aplicable incluso en grado de apelación, pudiendo el relator del recurso o la terna juzgadora acordar una diligencia, para la práctica de determinada prueba considerada esencial al juicio. Además, por fuerza de lo dispuesto en el art. 515, § 4º, del Código de Proceso Civil brasileño, ésa es la providencia esperada por el legislador, que pretende evitar la anulación de decisiones en razón de vicios procesales, entre los cuales la indefensión. Para tanto, atribuye al juzgador de segundo grado el poder de determinar la realización de actos procesales destinados a alejar nulidades. Entre ellos están, ciertamente, aquéllos destinados a la realización de prueba necesaria a la aclaración de la controversia fáctica. Tal solución no implica el fenómeno denominado como supresión de instancia, pues el juez ya examinó el mérito en primer grado, considerando suficiente para tanto el conjunto probatorio hasta entonces existente. Sin considerar necesaria la producción de otras pruebas para mejor comprensión de la materia fáctica, nada obsta al tribunal determinarla.

3. NATURALEZA CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA PRUEBA

La premisa establecida en el apartado anterior, además de compatible con el objetivo del proceso, confiere efectividad a la garantía de una amplia práctica probatoria, cuya naturaleza constitucional no es controvertida. El acceso efectivo a la prueba es derecho fundamental, comprendido en los conceptos de acceso a la justicia, debido proceso legal, principio contradictorio y amplia defensa (Constitución Federal de Brasil, art. 5º, apartados XXXV, LIV y LV).

Asegurar el derecho de acción en el plan constitucional es garantizar el acceso al debido proceso legal, o sea, al instrumento tal como es concebido por la propia Constitución Federal. Entre los principios inherentes al proceso, se destacan el contradictorio y la amplia defensa.

Expresiones diferentes para identificar el mismo fenómeno: la necesidad del sistema procesal infra-constitucional para asegurar a las partes la posibilidad de la más amplia participación en la formación del convencimiento del juez.

Eso implica, evidentemente, la práctica de las pruebas destinadas a la demostración de los hechos controvertidos. Contradictorio efectivo y defensa amplia comprenden el poder conferido a la parte de valerse de todos los medios de prueba posibles y adecuados a la reconstrucción de los hechos constitutivos, impeditivos, modificativos o extintivos del derecho afirmado.

El derecho a la prueba es componente ineludible del principio contradictorio y del derecho de defensa. El problema no puede ser tratado solo desde el ángulo de la carga de la prueba (CPC, art. 333). Es necesario examinarlo desde el punto de vista de la garantía constitucional como instrumento adecuado a la solución de las controversias, dotado de efectividad suficiente para asegurar al titular de un interés jurídicamente protegido en sede material la tutela jurisdiccional.

En último análisis, el amplio acceso a medios de prueba, constituye corolario natural de los derechos de acción y de defensa.

Para que el proceso posibilite el real acceso al orden jurídico justo, es necesaria la garantía de la práctica de la prueba, cuyo titular es, en principio, la parte; pero no exclusivamente ella, pues al juez, como sujeto interesado en el contradictorio efectivo y equilibrado y en la justicia de las decisiones, también asiste el poder de determinar las pruebas necesarias a la formación de su convencimiento. La iniciativa probatoria del juez es elemento indisoluble de la efectividad del proceso.

No obstante, al tratarse de garantía inherente al debido proceso constitucional, no se puede considerar el derecho a la prueba como valor absoluto, como, además, ya se afirmó arriba. Las reglas y principios procesales son eminentemente instrumentales, pues se destinan a asegurar el correcto funcionamiento del instrumento estatal de solución de controversias. No son dogmas indiscutibles, debiendo ser observados en los límites en los que se revelen necesarios a los fines a que se destinan.

Por eso, algunas limitaciones, aunque de carácter infra-constitucional, muchas veces se justifican por alguna razón relevante, eventualmente algún otro valor también protegido en sede constitucional. La regla, sin embargo, es la posibilidad de la parte de valerse de cualquier fuente o medio de prueba, siempre que sea legal y moralmente legítimo (CPC, art. 332).

Esa garantía, para ser efectiva, comprende no solamente el poder de producción de la prueba, sino también la seguridad de que venga a ser considerada y correctamente valorada por el juzgador. En esa medida, las reglas que permiten al juez considerar una prueba innecesaria deben ser aplicadas con extremo cuidado, pues pueden representar violación de uno de los componentes del contradictorio y de la amplia defensa (CPC, arts. 130 y 407, párrafo único).

4. EL OBJETIVO DEL PROCESO

Delante de esas premisas, es posible extraer algunas conclusiones.

Si la jurisdicción es la actividad estatal destinada a la actuación de la ley; si la acción es el poder de estimular esa actividad y hacer que ella alcance su objetivo; si la defensa es presupuesto de la legitimidad del procedimiento e imprescindible a la correcta imposición de la norma al caso concreto, el proceso, escena en la que esas tres actividades se desarrollan, debe ser considerado el medio a través de lo cual se mira a un procedimiento justo, o sea, que presente la correcta formulación e imposición de la regla concreta.

El proceso es, por tanto, el medio con el cual el Estado formula y actúa la norma jurídica, en los casos en los que los destinatarios de esta no puedan o no quieran hacerlo. La actuación del derecho sustancial, con la consecuente pacificación social, es el objetivo del proceso. Además, proceso y jurisdicción tienen el mismo objetivo, lo que es perfectamente natural, visto que el primero constituye el medio de actuación de la segunda.

Siendo ese el método de trabajo, el instrumento de la jurisdicción debe ser entendido en función de ésta, o sea, como el instrumento de actuación de la ley en el caso concreto, como el instrumento de garantía del ordenamiento jurídico, de la autoridad del Estado. Es mediante el proceso como el Estado hace valer el orden jurídico vigente, imponiendo las normas de derecho material a las situaciones de la vida real.

Está superada hoy la corriente que considera como objeto del proceso la defensa de derechos subjetivos, pues resulta de un análisis privatista del fenómeno. Su finalidad es la actuación del derecho objetivo, siendo la protección de derechos subjetivos una consecuencia natural.

La doctrina subjetiva antes disfrutó un gran prestigio. Para sus seguidores, el objetivo directo e inmediato del proceso es la tutela de los derechos subjetivos, mientras la actuación de la ley sería un efecto indirecto, secundario.

Con el desarrollo de la ciencia procesal, sin embargo, ya no se admite tal enfoque, resultado de una visión eminentemente privatista del fenómeno procesal. El interés público en la correcta actuación de la ley y en la eliminación de las crisis existentes en el plano material de forma justa debe prevalecer sobre el interés particular de las partes en ver reconocidos sus derechos. La nueva escuela procesal transformó la manera de considerar el proceso y su finalidad.

Hoy, para el proceso, instituto fundamental del derecho procesal, en primer lugar está el interés de la colectividad, ya que sus objetivos son la realización del derecho y de la paz social. El titular de un interés puede ocupar el tiempo y las energías de los tribunales estatales, desde el momento en que para él exista la necesidad de la tutela jurídica. Además, no solo las normas ordinarias son actuadas mediante el proceso. Es un instrumento de actuación de la propia Constitución, cuyas reglas abstractamente formuladas y que consustancian derechos y garantías fundamentales, se concretan procesalmente.

Establecido que en el proceso existe una relación jurídica dirigida a un fin específico, esto es, a la eliminación de la crisis mediante actuación de la voluntad de la ley, es inadmisibles cualquier confusión entre la relación procesal y la de derecho material que en ella se contiene. Además de la diversidad de sujetos y de premisas, lo más importante a ser resaltado es que la actividad de aquellos que integran la relación procesal se desarrolla con vistas a la realización de la ley, no a los bienes de la vida, objeto de las relaciones sustanciales.

Así, la relación procesal tiene su propio objetivo, que nunca es el mismo de la relación de derecho material. Puede ésta pertenecer al Derecho Público o Privado, no importa. El proceso, entendido como relación procesal más procedimiento, o como procedimiento realizado en contradictorio, tiene siempre que alcanzar la misma finalidad: el mantenimiento del ordenamiento jurídico, de lo que derivan la afirmación de la autoridad del Es-

tado y la paz social. La relación procesal es, por tanto, completamente independiente de la de derecho material. Lo que existe es un nexo de instrumentalidad entre el proceso y el derecho objetivo material, pues aquél mira a la actuación de éste. Y esa finalidad satisface no solamente el interés de las partes cuyas relaciones son reguladas por las normas de derecho material, sino, y principalmente, el interés público en la obediencia al orden jurídico establecido. Además, este último se superpone al primero.

Se concluye, por tanto, que el proceso jurisdiccional es instrumento de una función del Estado que, para mantener la paz y la armonía entre los integrantes de la sociedad, tiene la atribución específica de promover la actuación del ordenamiento jurídico.

5. PRIMERAS CONCLUSIONES

En síntesis, el Estado tiene interés en la integridad del ordenamiento jurídico y en la pacificación social. Por eso, instituyó una función dirigida específicamente a ese fin (JURISDICCIÓN). Para hacer que los órganos jurisdiccionales actúen y alcancen su objetivo de aplicación del derecho, los destinatarios de la norma de derecho material deben manifestarse (ACCIÓN y DEFENSA). La dialéctica desarrollada por las partes y coordinada por el juez observa un método impuesto por el legislador. Surge entonces el instrumento que posibilitará la formulación y actuación de la regla jurídica para el caso concreto (PROCESO).

Ese fenómeno, analizado por un ángulo publicista, está dirigido a un solo objetivo: la actuación del derecho, con lo que estará garantizada la paz social.

Si es así, no solo a las partes deben ser concedidos poderes instructores. La conclusión contraria resulta de una concepción privatista de los institutos procesales, principalmente de la acción y de la defensa. No solo estas tienen interés en el resultado del proceso. Tal resul-

tado interesa mucho más al Estado que, para posibilitar la convivencia de las personas en sociedad, tiene que mantener la integridad del ordenamiento jurídico por él creado.

Con el pleno desarrollo de sus actividades, las partes, obviamente, buscan traer al proceso prueba de los hechos que les favorezcan. Todo aconseja, por tanto, que también el juez se porte activamente, buscando aclarar por completo la situación de derecho material. Muchas veces, y por razones varias, la iniciativa de las partes es insuficiente para ello.

En resumen: si todos los integrantes de la relación procesal tienen interés en el resultado del proceso, no se debe dejar en las manos de las partes, solamente, la iniciativa instructora. Al contrario, todo aconseja que también el juez desarrolle actividades en el sentido de aclarar los hechos. Mientras las partes buscan hacer que el procedimiento se desarrolle según sus intereses, el juez tiene en vista el interés general.

Se justifica, por tanto, la iniciativa probatoria de oficio. Cuanto mejor los hechos estén representados en los autos, mayor la posibilidad de un proveimiento justo, que exprese perfectamente la regla jurídica del caso concreto. Y solamente un resultado como ése posibilitaría la verdadera paz social. Aquél que no ve reconocido su derecho, en consecuencia de un proveimiento injusto, pasa a no creer ya en la función jurisdiccional. En la medida en la que esas frustraciones se repiten, aumenta la tensión social que, evidentemente, no interesa al Estado.

La finalidad de actuación de la ley y, por tanto, de obtención de la paz social mediante la eliminación de las crisis verificadas en el plan sustancial, se interponer a los posibles intereses egoístas de las partes, que no son movidas por el interés en la correcta aplicación de la regla material y en la obtención del resultado justo. Los sujetos parciales del proceso buscan solamente la victoria y, para alcanzar ese objetivo, se valen de la dialéctica, deduciendo argumentos y produciendo

pruebas favorables exclusivamente al interés propio. Eso cuando no se valen de mecanismos de postergación al prever la derrota inminente.

Como ellas defienden sus pretensiones mediante el ejercicio de los derechos de acción y de defensa, compete al juez mantener el equilibrio necesario al buen funcionamiento del mecanismo procesal, actuando de forma imparcial y con el designio de posibilitar la reproducción en los autos de la realidad fáctica efectivamente ocurrida en el plano material. Si él verifica que, por cualquier motivo, pruebas importantes, necesarias para la aclaración de los hechos, no fueron presentadas, debe, *ex officio*, decidir su práctica. Con eso no estará beneficiando a ninguna de las partes, sino proporcionando un real equilibrio entre ellas, además de impedir que prevalezca en el proceso solamente el raciocinio dialéctico, según el cual no importan la verdad y la justicia sino la victoria.

Solamente así el instrumento utilizado por la autoridad jurisdiccional, en colaboración con las partes —el proceso—, se vuelve realmente apto para alcanzar su finalidad: la actuación del ordenamiento jurídico y, en consecuencia, la perfecta armonía social.

Esa conclusión es consecuencia lógica de la concepción publicista de los institutos fundamentales del derecho procesal, contra la cual muchos aún se levantan, pues consideran que está ligada a ideas autoritarias. Para esa corriente doctrinal, proceso ideal es aquél gobernado por las partes, especialmente en lo que se refiere a la formación del conjunto probatorio. Solamente así la vía procesal representaría verdadera garantía para las partes, que tendrían absoluta libertad para utilizar el medio estatal de solución de las controversias según sus propios intereses.

Por lo ya expuesto y por los argumentos a continuación desarrollados, aunque respetable, ésa no parece ser la visión más adecuada del fenómeno procesal.

6. PODERES PROBATORIOS DEL JUEZ Y PRINCIPIOS PROCESALES

A) PRINCIPIO DEL CONTRADICTORIO

Derecho constitucional de acción es, en último análisis, derecho al debido proceso constitucional, o sea, al instrumento destinado a la solución de controversias, tal como viene modelado por la Constitución Federal.

Ese debido proceso constitucional será dirigido por los jueces, personas investidas de la función jurisdiccional, con el objetivo de actuar la voluntad de la ley, eliminar los litigios y pacificar.

Entre las garantías que la Constitución asegura al modelo procesal brasileño se encuentra la del contradictorio. Se trata de un postulado destinado a proporcionar amplia participación de los sujetos de la relación procesal en los actos preparatorios del proveimiento final. Su observancia constituye factor de legitimidad del acto estatal, pues representa la posibilidad que las personas directamente envueltas en el proceso tienen de influir en su resultado.

La visión moderna de ese principio considera esencial para su efectividad la participación activa también del órgano jurisdiccional. Tanto como las partes, tiene el juez interés en que su función alcance determinados objetivos, consistentes en los objetivos de la jurisdicción.

Ya no satisface la idea del juez inerte y neutral, ajeno al *dramma della competizione*. Esa neutralidad pasiva, que supuestamente garantiza la imparcialidad, no corresponde al deseo de una Justicia efectiva, que propicie acceso efectivo al orden jurídico justo.

No hay cualquier incompatibilidad entre el contradictorio y la participación más activa del juez en la relación procesal. Muy al contrario. El concepto moderno de ese principio procesal, que se pretende efectivo y equilibrado, no prescinde de la intensa actuación de aquél

a quien fue conferida la función de conducir el proceso, asegurando a los sujetos parciales igualdad real de tratamiento y de oportunidades.

En otras palabras, cabe al juez conferir contenido sustancial, no solo formal, a la igualdad de las partes, asumiendo la dirección material del proceso. Igualdad, además, que constituye el gran fundamento de todos los principios constitucionales del proceso. Éstos existen exactamente para garantizar el tratamiento igualitario de las partes, a fin de que ellas puedan presentarse en el proceso con paridad de armas, o sea, con oportunidades equivalentes de afirmar sus razones y demostrar los hechos necesarios al reconocimiento del derecho deducido. Debe haber entre las partes verdadero equilibrio en todo el curso del proceso, con la eliminación de cualquier factor de desigualdad entre ellas.

Para tanto, el juzgador tiene que contar con poderes reales, idóneos para estimular y garantizar la participación de los sujetos parciales. Eso significa que debe él también participar activamente en el procedimiento. Juez activo, participativo, es lo que se pretende. No se comprende que aquél a quien se invistió del poder de juzgar sea omiso y no tenga compromiso con el resultado. Esa postura no aporta a la efectividad del contradictorio. Éste tiene como contenido mínimo la igualdad real, esto es, igualdad no solamente en sentido formal y abstracto, sino sustancial.

Si es así, nada más natural que considerar al juez también comprometido con el resultado del proceso. Ya no se admite la neutralidad del juzgador pues, de la misma forma que las partes, está a la busca de resultados.

Además, la integración del juzgador en el contradictorio sirve para alejar eventuales desigualdades entre los litigantes, confiriendo al principio de la igualdad su verdadero significado.

Desde ese ángulo, es correcto afirmar que el contradictorio representa no simplemente un instrumento destinado a las partes, sino, principalmente, instrumento operativo del juez,

imprescindible a la adecuada conducción del proceso.

B) PRINCIPIO DISPOSITIVO

La cuestión referente a los poderes de instrucción del juez está íntimamente ligada al llamado “principio dispositivo”. Por lo menos así lo ha entendido la mayoría de la doctrina procesal, que establece un nexo entre éstos dos fenómenos, al afirmar que el principio dispositivo, entre otras restricciones impuestas a la actividad del juzgador, impide que tenga él iniciativa probatoria. Se habla de que las partes, tratándose de derechos disponibles, tienen total libertad para influir en la prueba, allanándose, confesando. Ese comportamiento amputaría los poderes de instrucción del juez y sería consecuencia del principio dispositivo. Para otros, el Código de Proceso Civil brasileño armonizó los sistemas dispositivo e inquisitorio, pues amplió los poderes de iniciativa probatoria conferidos al juez, pero no excluyó la carga de las partes de demostrar los hechos afirmados. El juez, representando el Estado, busca la justicia. Para tanto debe participar activamente en el proceso probatorio, sugiriendo u ordenando pruebas propuestas por las partes.

La primera dificultad grande con que se enfrenta el estudio del problema reside en el exacto significado de la expresión “principio dispositivo”. Se trata de término altamente equívoco, pues la doctrina procesal suele emplearlo con el objetivo de expresar cosas diversas. Se verifica aquí el fenómeno de la polisemia. Algunos autores recurren al llamado principio dispositivo cuando se refieren, genéricamente, a la ausencia de poderes procesales del juez.

Los procesalistas alemanes, después de algunas vacilaciones y divergencias iniciales, identificaron la existencia de dos fenómenos diferentes, ambos relativos a tales poderes. El primero de ellos se refiere a la proposición de la demanda; el segundo respecto a la estructura interna del proceso. Tanto en un caso como en otro, cuando compete exclusivamente a

la parte los poderes de iniciativa, significa la adopción, respectivamente, de la *Dispositionsmaxime* y de la *Verhandlungsmaxime*.

Con mucha frecuencia la doctrina trata de ambos fenómenos como manifestaciones del principio dispositivo. Se habla, por ejemplo, que tal principio significa, en sentido amplio, dejar para las partes la carga de iniciación, determinación del objeto, impulso del proceso y producción de pruebas (*judex secundum allegata et probata partium judicare debet*).

Otros prefieren la expresión “principio de la demanda” para referirse al primer fenómeno, mientras “principio dispositivo” representaría solamente al segundo.

Hasta sobre el contenido de cada uno hay controversia. Para algunos, la deducción de los hechos constitutivos de la pretensión inicial, o sea, de la causa de pedir, integra el *Dispositionsmaxime*. Eso porque, como la naturaleza privada del derecho subjetivo determina el monopolio de la parte sobre la proposición de la demanda, en ese poder se incluye la correspondiente identificación, dando causa a la limitación impuesta al juez de decidir solo en contemplación de los hechos narrados. Hay quien relaciona, sin embargo, la deducción de los hechos solamente por las partes con el *Verhandlungsmaxime*. Porque es irrelevante para los objetivos de este estudio, quede solamente el registro de la polémica. Se debe resaltar, solamente, que es inaceptable la vinculación entre la inercia del juez para el inicio del proceso y la naturaleza de la relación material. Basta recordar que incluso las controversias reguladas por el Derecho público solamente constituirán objeto de proceso si hay provocación de la parte.

Delante de tanta polémica en torno de la terminología adecuada para representar cada uno de esos fenómenos, e incluso de la exacta configuración de ellos, es preferible que la denominación “principio dispositivo” sea reservada tan sólo a los reflejos que la relación de derecho material disponible pueda producir en el proceso. Y tales efectos se refieren exclusivamente a la propia relación jurídico-sustan-

cial. Así, tratándose de derecho disponible, las partes tienen amplia libertad para disponer de él en el curso del proceso, mediante la práctica de determinados actos (renunciar, desistir, allanarse), a cuya práctica el juez no puede oponerse, precisamente en virtud de la naturaleza del derecho material en cuestión. Esto sí corresponde a la verdadera y adecuada manifestación del principio dispositivo. Se trata de un principio relativo a la relación material, no a la procesal.

Cualquiera otra limitación a la actividad del juez, ya en lo tocante a la proposición de la demanda, ya en el curso del proceso, no es consecuencia de la naturaleza del derecho sustancial.

Constituye equívoco afirmar, por ejemplo, que la imposibilidad del juez de dar inicio al proceso es consecuencia del carácter disponible de la relación material. En él incurre, además, la mayoría de la doctrina.

El monopolio de la parte sobre la iniciativa del proceso existe independientemente de la naturaleza del derecho litigioso, como ya queda afirmado. Aunque sea indisponible el derecho subjetivo material, persiste el principio de la inercia de la jurisdicción. Eso significa que, incluso con relación a esa categoría de derechos, el interesado tiene el monopolio de la demanda. Y, si el Estado tiene interés directo o indirecto en la relación, aun así no se confiere poder de iniciativa al juez. Instituye otro órgano y le atribuye legitimidad para proponer la acción. Es el caso del Ministerio Público, por ejemplo, que propone las acciones penales y las acciones civiles públicas. Véase que, aunque es público el interés en litigio, el magistrado continúa inerte.

Por otro lado, algunas excepciones al principio de la inercia existen y se refieren a derechos eminentemente disponibles. La posibilidad del juez, *ex officio*, de dar inicio a inventario es ejemplo típico.

No es, por tanto, la naturaleza de la relación jurídica de derecho material la que determina la imposibilidad del magistrado de dar inicio al proceso. La regla prevalece, aunque

sea indisponible el derecho; y algunas excepciones se refieren a derechos eminentemente disponibles.

Así, el *Dispositionsmaxime*, que algunos entienden cómo “principio de la demanda” y otros como “principio dispositivo”, o es consecuencia de la disponibilidad del derecho sustancial.

En cuanto al *Verhandlungsmaxime*, o sea, la estructura interna del proceso mantenida bajo el dominio de las partes, especialmente en cuanto a la proposición de pruebas, que la mayoría de la doctrina identifica como el verdadero “principio dispositivo”, ha sido rechazado por la moderna ciencia procesal, pues la superioridad de él y de la plena disponibilidad de las relaciones jurídico-procesales está conectada con concepciones privatistas del derecho procesal, hoy completamente sobrepasadas.

Incluso aquéllos que admiten haber nexo entre la disponibilidad del derecho y el monopolio de la demanda por la parte defienden la iniciativa oficial en cuanto a la prueba. Esto porque, aunque sea privada la relación material, el Estado tiene interés en que la tutela jurisdiccional sea prestada de la mejor manera posible.

Así, si la petición de la tutela y los límites de la prestación son privados, el modo en que ella es prestada no lo es. La relación procesal se rige siempre por principios atinentes al derecho público, teniendo a la vista su finalidad, su objetivo. La naturaleza de la relación a ser decidida por el juez no influiría, por tanto, en los poderes de instrucción a él conferidos. Teniendo en cuenta la relevancia del tema para el objeto del trabajo, la idea será desarrollada en capítulo específico.

Se concluye, en cuanto a la denominación “principio dispositivo”, que debe expresar sólo las limitaciones impuestas al juez, en virtud de la disponibilidad del derecho; y que son pocas, pues se refieren a los actos procesales de las partes dirigidas directamente para el derecho disponible. Las demás restricciones, ya en tocante al inicio del proceso, ya referentes a la

instrucción de la causa, no tienen ningún nexo con la relación material; no son consecuencia, por tanto, del llamado “principio dispositivo”. Solamente la adopción de un significado diverso para la expresión posibilitaría su utilización para representar tales restricciones.

De cualquier modo, aunque se dé mayor extensión al referido principio, no puede implicar restricción al poder investigador del juez. El llamado principio dispositivo en sentido impropio o procesal no tiene razón de ser, pues entre los deberes del juez está el de tomar la iniciativa en cuanto a la determinación de medios probatorios, atendido el ámbito de averiguación establecido por las partes en la determinación de los elementos objetivos de la demanda (*petitum* y causa de pedir).

Las partes del proceso pueden establecer límites en cuanto a los hechos a ser examinados por el juez, pero no con relación a medios de prueba que él entienda necesarios para la formación de su convencimiento. Y no se trata de actividad meramente supletoria. Debe el juez actuar de forma dinámica, mirando a traer a los autos un retrato fiel de la realidad jurídico-material.

La actividad de instrucción del juez, por tanto, está directamente vinculada a los límites de la demanda, que, al menos en principio, no pueden ser ampliados *ex officio* (CPC, arts. 128-460). En esa medida, a la luz de los hechos deducidos por las partes, debe él desarrollar toda la actividad posible para alcanzar los objetivos del proceso.

Además, ni aun la regla de la correlación o de la congruencia constituye dogma insuperable. El legislador admite, en casos específicos, que sean sobrepasados los límites objetivos de la demanda. El art. 461, § 4.º, del Código de Proceso Civil, permite la imposición de multa diaria al demandado, independientemente de lo pedido. Posible, incluso, la alteración de la multa anteriormente fijada (CPC, art. 644 y párrafo único). Hipótesis más evidente de juicio *ultra petita* expresamente admitido por el sistema es, sin duda, la tutela condenatoria *ex officio*, ordenando pensión alimenticia, en

demanda con *petitum* exclusivamente declaratorio de reconocimiento de paternidad (cf. Ley 8.560, de 29.12.1992, art. 7.º).

En lo que se refiere a la participación del juez en la formación del conjunto probatorio, el Código de Proceso Civil brasileño adoptó, sin cualquier sombra de duda, el modelo europeo-continental del *inquisitorial system*, repeliendo el *adversarial system* del sistema anglosajón.

Al contrario del sistema italiano, donde tiene vigencia el denominado principio dispositivo atenuado, en que prevalece la iniciativa de la parte en cuanto a la práctica de la prueba, ejerciendo el juez papel meramente subsidiario, en las hipótesis expresamente previstas por el legislador, en Brasil existe una regla general confiriendo al juez papel activo en la formación del conjunto probatorio.

C) PRINCIPIO DE IGUALDAD

La garantía constitucional de la igualdad debe, evidentemente, reflejarse en el proceso. Varios son los principios proclamados por la doctrina moderna y adoptados por la casi totalidad de las legislaciones, mirando a garantizar la igualdad de las partes.

La experiencia ha demostrado, sin embargo, que tales postulados aseguran tan sólo la igualdad formal entre los litigantes, que, evidentemente, no satisface al jurista preocupado con el fin social del derecho y que, por eso, no se contenta con meras figuras de retórica. No es compatible con el Estado Social de Derecho el proceso civil individualista, cuyas reglas consagran como valor absoluto la autonomía de las partes, que se superpone al propio objetivo de la actividad jurisdiccional y del instrumento estatal de solución de las controversias.

Entre las normas que no aseguran la real igualdad entre los litigantes, se encuentra la de la plena disponibilidad de las pruebas, reflejo de un superado liberal-individualismo, que ya no satisface las necesidades de la sociedad moderna, pues puede llevar las partes

a una actuación de desequilibrio sustancial. Muchas veces la omisión, en la instrucción, del hecho se debe a factores económicos o culturales y no a la intención de disponer del derecho.

Para evitar esa situación, varias medidas vienen siendo adoptadas por el legislador procesal. Entre ellas, se columbra el refuerzo del poder de instrucción del juez. Cada día aumenta el número de defensores de la idea de que solamente un comportamiento activo del juzgador hace que sea respetado uno de los principios procesales de mayor relevancia social: el de la igualdad real entre las partes. Se trata de un poderoso instrumento que el magistrado tiene en sus manos, que le posibilita, incluso, para corregir las desigualdades económicas presentes en la relación procesal.

Aunque no sea esa la única y ni aun la principal razón por la que se defiende la iniciativa probatoria oficial, el proceso debe estar dotado de medios para promover la igualdad entre las partes.

De ellos, sin duda, es la previsión de que el juez participe efectivamente de la proposición y práctica de la prueba. Con tal actitud podrá evitar que eventuales desigualdades económicas repercutan en el resultado del proceso.

Esa interferencia del magistrado no afecta de modo alguno a la libertad de las partes. Si el derecho debatido se incluye en el rol de los llamados “derechos disponibles”, permanecen aquellas con plenos poderes sobre la relación material, pudiendo, por ejemplo, prescindir, desistir, transigir. Sin embargo, mientras la solución permanezca en las manos del Estado, no puede el juez contentarse solo con la actividad de las partes. La visión del Estado Social no admite esa posición pasiva, conformista, pautaada por principios esencialmente individualistas.

Ese modo de analizar el fenómeno procesal antepone el interés público del correcto ejercicio de la jurisdicción al interés individual. Se trata de una visión esencialmente instrumentalista del proceso. La real igualdad de las partes en el proceso constituye valor a ser observado

siempre, aunque pueda entrar en conflicto con otro principio procesal.

Al instituir los Juzgados Especiales, atendió el legislador brasileño a las peticiones de autorizada doctrina procesal, que se levanta contra la situación de aquéllos que, por razones varias, normalmente de carácter financiero, quedan condenados a la insatisfacción definitiva de sus intereses, no teniendo oportunidad de deducir en juicio sus pretensiones; por eso, al quedar al margen de las actividades pacificadoras, alimentan el germen de una sedición.

Es exactamente esa la situación de aquéllos que, aunque hayan tenido acceso a las actividades pacificadoras, no consiguieron lograr el reconocimiento de sus derechos subjetivos en razón de la inferioridad en la que se encontraban. Para compensar la prohibición de la autodefensa, el Estado debe proporcionar a las personas medios eficaces de satisfacción de los intereses. Si tal no ocurre, los particulares dejan de confiar en su representante social y vuelven a la “justicia por su propia mano”.

La real igualdad de las partes en el proceso solamente se verifica cuando la solución encontrada no resulta de la superioridad económica o de la astucia de ellas. El proceso no es un juego, en el que el más capaz sale vencedor, sino un instrumento de justicia con el cual se pretende encontrar el verdadero titular de un derecho.

No se puede aceptar que, en razón de la hiposuficiencia de un de los litigantes, se llegue a una decisión injusta, que no corresponde a la realidad fáctica sometida a juicio. Eso representaría un verdadero fracaso de la actividad jurisdiccional, cuya finalidad es promover la aplicación de la norma a los hechos efectivamente verificados. Solamente así se alcanzará la efectiva paz social. Es inadmisibles que eventuales desigualdades impidan este resultado. Por eso, se vuelve absolutamente necesario que el magistrado desarrolle actividades probatorias, cuando sean imprescindibles para la correcta depuración de los hechos.

La concepción de que el refuerzo de la autoridad del juez, que da origen al llamado pro-

ceso inquisitivo, corresponde a regímenes no democráticos de gobierno, es absolutamente equivocada. No hay nexos necesarios entre régimen político liberal y ausencia de poder de instrucción del juez, ni entre régimen autoritario y poder de iniciativa probatoria oficial.

Aquello que por convención se llama proceso acusatorio, donde los poderes de iniciativa de las partes son llevados al extremo, resulta de un individualismo político y filosófico ya sobrepasado, pues no atiende a la realidad socioeconómica del Estado moderno, cuya actividad es toda dirigida para lo social.

Así, la pacificación social deseada por la jurisdicción corre serio riesgo si, en razón de la disponibilidad del derecho, permanece el juez absolutamente inerte, aguardando la iniciativa de instrucción de la parte interesada. Esa influencia de la naturaleza de la relación jurídica controvertida sobre el modo de ser del proceso no es aconsejable, pues puede impedir la correcta actuación de la norma y, en consecuencia, la real pacificación social. Eventuales transigencias con la fidelidad al derecho objetivo pueden producir una falsa pacificación.

La pacificación que se mira a alcanzar con el proceso, que corresponde a su objetivo social más relevante, depende de la correspondencia entre el resultado del proceso y la voluntad del derecho sustancial.

Considerando que la parte más débil no tiene las mismas posibilidades que la más fuerte de traer a los autos las pruebas necesarias para la demostración de su derecho, la ausencia de iniciativa probatoria del juez corresponde a alguien que asiste pasivamente a un duelo entre el lobo y el cordero. Evidentemente, no estará atendido el principio de la igualdad sustancial que, según la moderna ciencia procesal, debe prevalecer sobre el de la mera igualdad formal. Y, en razón de esa pasividad del juzgador, probablemente se llegará a un resultado diverso de aquel deseado por el derecho material. O sea, el objetivo del proceso no será alcanzado.

Tal entendimiento no viola lo dispuesto en el art. 125 del Código de Proceso Civil. Al contrario, va al encuentro de la voluntad del

legislador, pues asegura la real igualdad entre los sujetos del proceso.

La igualdad de tratamiento exigida por el legislador no puede limitarse a su aspecto formal. Conforme ya se dijo, la moderna ciencia procesal habla de igualdad real, efectiva, lo que requiere sea asegurado a las partes el adecuado equilibrio, independientemente de factores externos. Además, para suplir esa frecuente desigualdad económica entre aquéllos que se enfrentan en el proceso, algunos ordenamientos confieren al juez atribuciones asistenciales en favor de la parte más débil. A pesar de que la iniciativa oficial en el campo de la prueba no constituye manifestación directa de esa función asistencial, no se puede negar que, al portarse activamente, el juez ayudará a atenuar el problema, aunque indirectamente.

Es equivocada, por tanto, la conclusión de que la efectiva participación del juez en la instrucción del hecho constituye violación del contradictorio. Al contrario, asegura a uno de los principios fundamentales del proceso “una dimensión jamás lograda en la práctica, al salir del inmovilismo del juez espectador”. En la medida en la que tal garantía constitucional se caracteriza no solo por la información necesaria y reacción posible, sino también por el diálogo pertinente, la iniciativa probatoria oficial, por ampliar los elementos de convicción, posibilita a las partes mejores condiciones de influir en el juicio.

El contradictorio efectivo y equilibrado de que habla la doctrina exige que los litigantes combatan con paridad de armas. Pero una eventual omisión de la parte puede ser consecuencia exacta de la inexistencia de una paridad real. No basta, por tanto, el mero ofrecimiento de oportunidades. Es necesario garantizar también el aprovechamiento de ellas por todos, independientemente de las desigualdades económicas o sociales. Visto desde ese ángulo el problema, es irrelevante la naturaleza de la relación jurídica. Indisponible o no el derecho, debe el juez participar activamente en la instrucción, pues solamente así garantizará un contradictorio efectivamente equilibrado.

No se puede olvidar que la ciencia procesal evolucionó. Con el tiempo, la visión de los problemas procesales se ha modificado. Hoy, se piensa más en justicia y menos en técnica o ciencia procesal. Para que la decisión sea sustancial y cualitativamente justa, no basta asegurar a las partes exclusividad de iniciativa en el proceso, aunque con garantía de amplia participación. Es necesario buscar, a través del proceso, la aplicación correcta y racionalmente justificada del derecho. Para alcanzar ese objetivo, fundamental es la preocupación con la verdad de los hechos. Solamente la solución basada en hechos verdaderos puede ser considerada justa.

D) PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD

Entre los argumentos utilizados por la doctrina dominante contra la iniciativa del juez en la proposición y práctica de la prueba, uno de los más invocados es el respeto a la necesidad de preservar la imparcialidad del juzgador, que debe conducir el proceso sin favorecimiento a cualquiera de las partes. Eso no ocurriría si a él fuese conferida la posibilidad de determinar la realización de una prueba, cuyo resultado vendría a beneficiar a una de ellas. Habría quiebra de la imparcialidad. Para resguardarla, aunque dotándolo de poderes de instrucción, buscaría el legislador alejarlo el máximo posible de esa actividad. Se entiende, aún, que la averiguación unilateral por parte del juez puede condicionarlo psicológicamente a creer en el derecho que haya sido objeto de su propia averiguación. Hay quien sostiene la necesidad de participación del Ministerio Público en todos los procesos, cuya función sería la de buscar la “verdad real”, lo que alejaría el peligro representado por la postura activa del juez delante de la prueba. Se afirma, también, que la inercia del magistrado frente a la prueba garantiza su imparcialidad, ya que aumentar sus poderes significaría acortar la distancia entre jurisdicción voluntaria y contenciosa.

Algunos, aunque defiendan la iniciativa probatoria oficial, alertan del peligro de la parcialidad, si se lleva a extremos.

No tiene razón, sin embargo, la doctrina tradicional.

En primer lugar, porque acepta la iniciativa del juez en la producción de la prueba, cuando la demanda sea sobre derechos indisponibles. Es el caso de preguntarse si, en esas hipótesis, sería admisible la figura del juez parcial.

Además, cuando el juez determina la realización de alguna prueba, no tiene condiciones para saber, de antemano, su resultado. El aumento del poder de instrucción del juzgador, en verdad, no favorece a cualquiera de las partes. Solamente proporciona depuración más completa de los hechos, permitiendo que las normas de derecho material sean actuadas correctamente. Y hay más: ¿no sería parcial el juez que, teniendo conocimiento de que la producción de determinada prueba posibilitará la aclaración de un hecho oscuro, deje de hacerlo y, con tal actitud, acabe beneficiando a la parte que no tiene razón? Para él no debe importar que venza el actor o el demandado. Importa, sin embargo, que salga victorioso aquél que efectivamente tenga razón, o sea, aquél cuya situación de la vida esté protegida por la norma de derecho material, pues solamente así se puede decir que la actividad jurisdiccional realizó plenamente su función.

Si esa actuación del juez es determinante para que el real titular del interés jurídicamente protegido obtenga la tutela jurisdiccional, tanto mejor. Además, no es otra la función del proceso, sino la de servir de medio para la solución de las controversias en conformidad con las reglas de derecho sustancial.

Aunque se reconozca que tal actitud del juez no le permitirá alcanzar la verdad completa, innegablemente facilitará el encuentro de una parcela de esta, por reducida que sea: “antes buscar ésta, que no buscar ninguna”, como bien ponderó José Carlos Barbosa Moreira, en estudio sobre el tema.

Sin duda alguna, la mejor manera de preservar la imparcialidad del magistrado es someter su actividad al principio del contradictorio e imponerle el deber de motivar sus decisiones. Puede él mantenerse absolutamente imparcial,

aunque participe activamente de la instrucción. Basta que sus decisiones sean fundamentadas y proferidas después de efectivo contradictorio entre los litigantes. Además, el respeto al principio del contradictorio es condición de validez de cualquier prueba.

La participación del juez en la formación del conjunto probatorio, determinando la realización de las pruebas que entienda necesarias a la aclaración de los hechos deducidos por las partes, de forma alguna afecta su imparcialidad. Actuando así, demuestra el magistrado estar atento a los fines sociales del proceso. La visión publicista de ésta exige un juez comprometido con la aplicación efectiva del derecho material. Esto es, el juez puede, en cualquier momento y *ex officio* determinar que sean producidas pruebas necesarias a su convencimiento. Se trata de actitud no sólo admitida por el ordenamiento, sino deseada por quien conciba el proceso como instrumento efectivo de acceso al orden jurídico justo.

No se debe confundir imparcialidad con pasividad del juzgador durante el desarrollo del proceso. Sobre todo, cuando se trata del ejercicio de poderes que la ley le confiere de manera inequívoca.

Supóngase que el juez esté convencido, por el examen de los elementos de los autos, que podría llegar a la verdad, bastando suplir alguna omisión de la parte en lo tocante a la prueba. Evidentemente, decidiría contra su conciencia, si no determinase la aclaración del hecho.

Ese temor de perder la imparcialidad ha influido de manera decisiva para que nuestros magistrados, lamentablemente, dejen de utilizar de los poderes de instrucción que les son conferidos por el legislador procesal. Se creó una tradición del juez pasivo, espectador, temeroso de que cualquier iniciativa suya pueda tornarlo parcial. La escasez de iniciativas probatorias oficiales, incluso cuando es manifiesta su conveniencia, ha sido apuntada como una de las causas del mal funcionamiento del mecanismo judicial. Esa mentalidad debe ser alterada, a fin de que el magistrado asuma su

papel en la relación procesal. Juez imparcial es aquél que aplica la norma de derecho material a hechos efectivamente verificados, sin que se deje influenciar por otros factores, sino por sus conocimientos jurídicos. Para no perder la imparcialidad, por tanto, basta que el magistrado se limita al examen objetivo de la materia fáctica, cuya reproducción en el proceso se hace mediante las pruebas. No importa quiénes las traigan. Importa, sí, que el proveimiento jurisdiccional no sufra influencia de otros elementos.

Para que el juez mantenga la imparcialidad delante de una prueba por él determinada, es suficiente que permita manifestarse a las partes sobre ella. El perfecto funcionamiento del principio del contradictorio es la mayor arma contra el arbitrio del juzgador. Así, la concesión de poderes de instrucción al juez encuentra su límite natural en el contradictorio, que impide la transformación del arbitraje en arbitrariedad, de la discrecionalidad en despotismo. El juez activo en cuanto a la determinación de la prueba, pero sometido a las restricciones determinadas por las seguridades de las partes en el proceso, especialmente la amplia defensa y el contradictorio, es perfectamente compatible con el modelo procesal democrático y seguro al que aspiramos. Juez activo no se confunde con juez autoritario. Sería inadmisibles, por ejemplo, aplicar, sin motivación, los efectos de la ausencia de defensa (CPC, art. 319) y determinar la producción de la prueba de hechos verosímiles y no controvertidos.

Por lo demás, el compromiso del juez es con la ley y con la justicia. Debe él ser independiente y neutral con relación a otros intereses pues, en lo que se refiere a aquellos amparados por la ley, no hay independencia o neutralidad posible.

Además, neutralidad e imparcialidad son fenómenos distintos, pues nada impide que sea el juez neutral y parcial. Basta que esa neutralidad, esa omisión en cuanto al ejercicio de poderes procesales beneficie la parte que pretenda lograr, de ese comportamiento, ventajas indebidas.

7. LAS REGLAS DE DISTRIBUCIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA

Establece el art. 333 del Código de Proceso Civil brasileño las reglas concernientes a la carga de la prueba: al autor compete demostrar el hecho constitutivo de su derecho; al demandado, el hecho impeditivo, modificativo o extintivo de ese derecho.

Hecho constitutivo es aquél que da vida a una voluntad concreta de la ley, que tiene esa función específica y que normalmente produce ese efecto. Extintivo, porque hace cesar esa voluntad. Impeditivo es inexistencia del hecho que debe confluir con el constitutivo, a fin de que produzca normalmente sus efectos; mientras el hecho constitutivo es causa eficiente, el impeditivo es la ausencia de una causa concurrente.

Este dispositivo trata de un importante aspecto del derecho procesal, estableciendo la regla sobre la distribución de la carga de la prueba. No obstante, muchas veces aunque haya dificultades para la perfecta identificación de la naturaleza del hecho controvertido, si constitutivo, impeditivo, modificativo o extintivo, el sistema procesal civil adopta una técnica superior a la del proceso penal, que se refiere tan sólo a la carga de probar el hecho alegado (CPP, art. 155).

Parte de la doctrina afirma que la posibilidad del juez, *ex officio*, de determinar la realización de pruebas, debe ser entendida en conformidad con las reglas sobre la carga de su producción. O sea, delante de la omisión de la parte en la presentación de la prueba que le competía, el proveimiento debería ser desfavorable a ella, no debiendo el juez actuar en el sentido de complementar la instrucción.

Se dice que las reglas referentes a la carga de la prueba implican un límite establecido por el legislador a los poderes de iniciativa del juez en la producción de la prueba. El art. 130 solamente sería aplicado, por tanto, cuando, después del desarrollo de la actividad probatoria por las partes, permaneciese el juez en esta-

do de duda, imposibilitado de juzgar según su libre convencimiento o en conformidad con los dispositivos sobre la carga de la prueba. El otorgamiento de poderes ilimitados al juez traería como consecuencia el abandono de la teoría adoptada en el art. 333, que se basa en la igualdad de las partes. Si el magistrado pudiese, delante de un resultado probatorio negativo, determinar la realización de la prueba, estaría inclinándose por una de las partes y, en consecuencia, desequilibrando el contradictorio. Y el art. 125, I, establece que el magistrado debe proporcionar a las partes igualdad de tratamiento. Se trata de regla que debe orientar el juez en la utilización del poder de instrucción previsto en el art. 130. Si, infringiendo tal principio, determinase él la realización de una prueba que viniese a favorecer a una de las partes, estaría beneficiándola, en perjuicio de los intereses de la otra. Estaría, en resumen, proporcionando para la parte que permaneció inerte oportunidad de demostrar sus razones. No sufriría ella cualquier consecuencia por su comportamiento omisivo. Incluso tratándose de derechos indisponibles, la conclusión no se alteraría, pues la actividad de instrucción, en el caso, debe ser desarrollada por el Ministerio Público. La indisponibilidad del derecho solamente influiría en la evaluación de la prueba, debiendo el criterio utilizado por el juez ser tanto más rígido cuanto más valorado el bien por el sistema positivo.

Con el debido respeto, no parece ser esa la mejor posición sobre el tema. Las normas procesales deben ser interpretadas en conformidad con la finalidad del proceso, o sea: la efectividad del derecho sustancial y la pacificación social.

No se puede ver en la iniciativa de instrucción del juez una actividad sustitutiva de cualquiera de las partes, en detrimento de la otra. La doctrina moderna lo demuestra con claridad.

Quien considere la efectividad del proceso uno de los más eficaces factores de armonía social no puede concordar con tal orientación, de inspiración exageradamente privatista. El raciocinio debe ser hecho de manera exacta-

mente opuesta a aquella desarrollada por los procesalistas tradicionales.

Las reglas referentes a la distribución de la carga de la prueba son tenidas en cuenta por el juez tan sólo en el momento de decidir. Son reglas de juicio, o sea, se destinan a suministrar al juzgador los medios de proferir la decisión, cuando los hechos no quedaron suficientemente probados. Antes de eso, no tiene él que preocuparse por las normas de distribución de la carga de la prueba, pudiendo y debiendo agotar los medios posibles, a fin de proferir un juicio que retrate la realidad fáctica y represente la efectiva actuación del derecho a la situación presentada en juicio. Los principios establecidos en el art. 333 solo deben ser aplicados después de que se haya hecho todo en el sentido de lograrse la prueba de los hechos. Y cuando eso ocurre, no importa su origen, esto es, quién la trajo a los autos.

Ésa es la visión objetiva de la carga de la prueba. En otro sentido, se habla de carga subjetiva, respecto a la necesidad de que las partes demuestren los hechos relevantes. Se enfatizó aquí solamente el primer sentido de la expresión.

No atender la regla del art. 333 por las partes implica incumplimiento de la carga procesal, generando, en consecuencia, una sanción de la misma naturaleza, consistente en el juicio desfavorable. La incidencia del principio positivo ocurre, pues, en el momento final, delante de la situación de incertidumbre causada por la insuficiencia del conjunto probatorio. No tiene fundamento la tentativa de vincular la distribución de esa carga con la legitimidad para la producción de la prueba. Son cuestiones diversas, a las que hay que enfrentarse en momentos procedimentales propios. No es condición de admisibilidad de la prueba la coincidencia entre quienes la produzcan y quienes debían hacerlo.

La razón de ser de la regla es, pues, evitar el *non liquet*.

En síntesis, el poder de instrucción del juez, previsto en el art. 130, no se subordina a las reglas sobre la carga de la prueba; y no las afec-

ta, visto que son problemas a ser resueltos en momentos diversos. En rigor, por tanto, las normas de distribución de la carga de la prueba no pertenecen al instituto de la prueba. Su incidencia se da exactamente en situaciones de insuficiencia de prueba.

Se verifica, por tanto, el equívoco cometido por aquéllos que afirman la exclusividad de las partes sobre la instrucción, visto que la concesión de poderes de instrucción al juez implicaría eliminación de las reglas sobre la carga de la prueba. Es absolutamente incorrecta tal conclusión. Si el resultado de la actividad de instrucción se muestra suficiente para aclarar al juzgador sobre los hechos alegados por las partes, podrá él decidir con base en las pruebas traídas a los autos, sin que importe cómo llegaron allí. Cuando, sin embargo, el resultado sea negativo, aunque los integrantes de la relación procesal, incluso el propio magistrado, hayan agotado los esfuerzos para probar los hechos, incidirán las reglas legales referentes a la carga de la prueba. Pero esa preocupación el juez la tendrá solamente en el momento de juzgar. Durante la instrucción, el problema no se plantea. En esta fase del procedimiento, los sujetos de la relación deben estar dirigidos solamente a la obtención de la prueba.

No hay duda de que la actividad de instrucción por parte del juez puede disminuir los casos en los que sea necesario recurrir a las normas de distribución de los riesgos por la oscuridad de los hechos. O sea, si además de las partes, también el juez desarrolla esfuerzos para la obtención de la prueba, es mayor la posibilidad de aclaración de los hechos, lo que disminuye, en la misma proporción, la necesidad de apelar a la distribución de las cargas del art. 333 del Código brasileño. En verdad, aumenta la probabilidad de un juicio correcto, conforme a la voluntad del legislador. Las reglas sobre la carga de la prueba constituyen la última salida para el juez, que no puede dejar de decidir. Son necesarias, pero deben ser tratadas como excepción, pues lo que se pretende con la actividad jurisdiccional es que los proveimientos de ella emanados retraten

la realidad, no meras ficciones. Ésa es la única relación que se puede decir existente entre el poder de instrucción del juez y la carga de la prueba.

De cualquier modo, la solución propiciada por la doctrina tradicional no puede ser aceptada. Las reglas del art. 333 deben ser seguidas por el juez en el momento del juicio. Antes de eso, tanto él, como las partes tienen interés en la correcta demostración de los hechos. Quizá mucho más el juez del que las propias partes busque aquello que los filósofos denominan como verdad objetiva. Para ello, puede y debe el magistrado determinar la realización de las pruebas que entiende necesarias, a fin de alcanzar el fin de la actividad jurisdiccional, esto es, la coincidencia entre el proveimiento y la voluntad del legislador. Ésa es la solución que más interesa a la sociedad. Entre todas las frustraciones que la jurisdicción puede causar a las personas, la más grave, sin duda, es la emisión de un proveimiento injusto. Y, normalmente, las injusticias son cometidas contra aquéllos que, por razones económicas, no tienen condiciones de presentarse de igual a igual en el proceso.

Así, no debe el juzgador, delante de un resultado insuficiente de la instrucción de la causa, recurrir inmediatamente a las reglas sobre la carga de la prueba. Si verifica la posibilidad de aclarar algún hecho, mediante la realización de determinada prueba, no puede abstenerse.

Solamente ese comportamiento del magistrado puede impedir que el proceso se transforme en un instrumento de injusticia. Y, a ese efecto, no tiene relevancia la naturaleza de la relación jurídica controvertida.

Habrán situaciones en las que, no obstante entienda el juez que es imprescindible la realización de la prueba, óbices insuperables impidan la producción. Imagínese, por ejemplo, que el actor rehuse anticipar los honorarios del perito judicial (CPC, art. 33), por entender absolutamente innecesaria la prueba técnica, o por no tener condiciones económicas de cargar con el gasto y que tampoco el demandado pague. En este caso, si el conjunto probatorio es insuficiente para la formación de su conven-

cimiento, no tendrá el juzgador otra alternativa, sino recurrir a las reglas de distribución previstas en el art. 333: negado el hecho constitutivo del derecho del autor, el *petitum* sería considerado improcedente; no demostrado el hecho impeditivo, modificativo o extintivo, la demanda sería acogida.

Se debe resaltar, sin embargo, que la ampliación de los poderes del juez en el campo de la prueba, en manera alguna significa retirar a las partes la carga de deducir los hechos con que pretenden demostrar su derecho. Corresponde a ellas la exposición de la fuente de prueba; esto es, del hecho de que se servirá el juez para decidir. Fenómeno diverso es la actividad desarrollada por éste para que su proveimiento se aproxime lo más posible a la verdad, o, en otras palabras, para que su decisión sea justa. Se trata aquí del medio de prueba. Las fuentes de pruebas deben ser procuradas por quien averigüe los hechos; con los medios de prueba se hace la verificación. A la parte compete averiguar y afirmar. Nada impide que la función verificadora se entregue al juez, pues de ella depende el acierto de la decisión.

8. LA DISPONIBILIDAD DEL DERECHO MATERIAL

Una de las conclusiones que se viene manteniendo incólume, a pesar de la evolución de la ciencia procesal en los últimos años, se plantea en relación con la influencia del derecho sustancial en la relación procesal. Suele la doctrina sostener que los poderes del juez en la producción de pruebas serán mayores o menores, dependiendo de la naturaleza del derecho en discusión en el proceso. Si indisponible, deberá él orientarse en el sentido de encontrar la verdad real y, por tanto, determinar la producción de pruebas que entienda necesarias; si disponible, poquísimo serán los poderes de instrucción del juez.

Así, en razón de la disponibilidad o no del derecho material, se admite la verdad formal o

se exige la verdad real. Por esa razón, jamás se negó la posibilidad de haber averiguación oficial en el proceso penal. Asimismo, se afirma que en el proceso civil no hay concesiones a la verdad real, cuando en las relaciones discutidas prevalece el interés público sobre el privado, o sea, cuando se trate de derechos indisponibles.

Tratándose de derechos disponibles, por tanto, la construcción de la verdad procesal dependería preponderantemente de la parte, debiendo el juez permanecer inerte, por no serle permitido investigar la verdad real *ex officio*. Si son indisponibles los derechos, prevalece el interés en la depuración de la verdad, cesando la preponderancia de la actuación de las partes. En este caso, para suplir la inercia de las partes, el legislador instituyó otro órgano, el Ministerio Público.

Muchos, aunque reconociendo que en el proceso moderno el juez abandonó la posición pasiva de mero árbitro de la lucha trabada entre las partes, restringen a casos excepcionales sus poderes de instrucción. De esa forma, acaban estando de acuerdo con la doctrina tradicional, en la distinción entre derecho disponible e indisponible. E, incluso tratándose de esa última categoría, sostienen la necesidad de que el magistrado actúe con mucha cautela, dejando, siempre que sea posible, que la actividad de instrucción sea desarrollada por las partes o por el Ministerio Público.

Hay quien, a pesar de entender que la disponibilidad de las pruebas depende del derecho subjetivo discutido en el proceso, reconoce que el problema de la iniciativa de la instrucción no puede ser reducido al problema de la naturaleza de la relación de derecho material, porque existe un interés público en el reconocimiento de los derechos subjetivos, en la obtención de la justa definición de la controversia, acarreado la atribución de poderes de instrucción al juez, independientemente de la naturaleza del derecho. Así, aunque permanezca íntegro el principio de rogación, desde el inicio del proceso los poderes del juez para decidirlo y para formar su convencimiento están desvinculados de la iniciativa de las partes,

visto que hay un interés público del Estado en la definición de la controversia de acuerdo con la ley.

No se puede, de forma alguna, aceptar esa ligazón tan estrecha entre la relación procesal y la substancial. Aunque la primera nazca y se desarrolle en función de la segunda, eso no quiere decir que los principios relativos a una relación privada puedan influenciar la relación procesal. Ésta es pública y su finalidad es completamente distinta de aquélla. Aunque instrumental, no se puede negar la autonomía de los institutos procesales. Y la instrumentalidad que se pretende existente no se refiere al eventual derecho subjetivo de la parte, sino al ordenamiento jurídico vigente, cuya integridad interesa al Estado.

No importa, pues, la naturaleza de la relación jurídica controvertida. El proceso, como instrumento de la actividad jurisdiccional del Estado, es uno solo, siendo irrelevante si la materia discutida es civil, penal, disponible o indisponible. Tanto el derecho procesal civil como el derecho procesal penal pertenecen a la misma rama del derecho. El desarrollo de los estudios sobre la teoría general del proceso permite que se hable hoy de derecho procesal, disciplina que reúne elementos comunes al proceso civil, penal y laboral.

Para bien, para comprender lo que aquí se afirma, es necesario atender a la distinción de los dos planos presentes en el proceso: el interés de las partes, cuya satisfacción es por ellos buscada, y el proceso propiamente dicho. En otras palabras: la relación de derecho material y la de derecho procesal.

La posibilidad del juez de intervenir en la relación jurídico-sustancial varía según la naturaleza de ésta. Así, si los intereses en juego son privados, no podrá el magistrado interferir en cualquier acto practicado por la parte, en el sentido de disponer de su derecho, pues el ordenamiento jurídico confiere a ella, con exclusividad, ese poder. En ese caso, el magistrado debe limitarse a analizar la validez del acto, verificando solo la efectiva disponibilidad del derecho. No puede, sin embargo, interferir en el contenido del acto, teniendo en cuenta el

principio de la autonomía de la voluntad de las partes. Es evidente que la naturaleza pública de la función jurisdiccional no puede repercutir sobre la esfera de disposición que éstas tienen sobre la relación material.

En lo tocante a la relación procesal, sin embargo, las partes no deben ejercer influencia. Así, en procesos cuyos intereses discutidos sean privados, no habrá, necesariamente, el monopolio de la instrucción de la causa por las partes; el problema aquí no es de disponibilidad o indisponibilidad del interés, sino de un instrumento con el que el Estado aplica la norma al caso concreto, atendiendo, con eso, a un interés suyo. Incluso en el proceso civil, que normalmente versa sobre derecho disponible, se objetiva la realización del derecho material. Su objetivo, así, no es ni más ni menos que la realización de aquello que el orden jurídico asegura en el plano material. Se debe perseguir esa finalidad, en la medida en la que se trata del orden jurídico idealizado por el Estado, que posibilita la convivencia social. Además, si la prueba tiene por objetivo convencer al juez sobre la existencia o no de un hecho, la prohibición de actividad probatoria por parte de él contraría los más elementales principios de lógica. Los estudios más recientes están dirigidos a la “publicación” del proceso civil, aunque los intereses discutidos sean privados. El proceso es el instrumento mediante el cual se ejerce una función pública, habiendo un predominante interés del Estado en su desarrollo. Por eso, no puede el juez ser reducido a mero espectador del debate trabado por las partes.

La inclinación de las legislaciones modernas de ampliar los poderes de instrucción del juez no es incompatible con la naturaleza privada del derecho material, pues son planos diferentes. Representa, sí, una concepción fuertemente publicista del fenómeno procesal. Si al magistrado le fuese permitido juzgar *ultra* o *extra petita*, se podría hablar de interferencia en el derecho material, lo que implicaría la publicación también de esas relaciones.

La concesión de poderes de instrucción al juez significa substraer a las partes el poder de dirección formal del proceso, que no puede ya

ser considerado cosa de las partes. La naturaleza privada de la relación jurídica confiere a la parte el poder de disponer de ella. Lo que se le retira es la disponibilidad sobre el continente, sobre el proceder. Instaurado el proceso, el modo, el ritmo y el empuje de éste, están fuera de su esfera de actuación. Podrán las partes, en ese aspecto, ser colaboradoras del juez. Así, el modo de buscar la verdad, la elección de medios de prueba, no debe permanecer en poder de las partes, pues, aunque sea privado el objeto del proceso, la función jurisdiccional es pública y como tal debe ser reglamentada.

En consecuencia, además de los intereses privados de las partes, existe otro, mucho más relevante, que es el interés del Estado en la correcta actuación del ordenamiento jurídico mediante la actividad jurisdiccional. Es evidente que las partes desean la satisfacción de sus pretensiones. A ese interés, sin embargo, se antepone el del Estado.

Esta visión del fenómeno procesal es absolutamente incompatible con la actitud pasiva del magistrado, que no puede permanecer como mero asistente del “duelo”, trabado entre las partes, pues también el Estado tiene interés en el resultado del proceso, aunque sea disponible el derecho material. De ahí la inclinación existente entre los procesalistas modernos, sensibles al hecho de que el proceso solamente cumplirá su función social si hay coincidencia entre el orden jurídico establecido y su resultado, de alejar o atenuar algunas consecuencias del llamado “principio dispositivo”. No se puede olvidar que el proceso es una actividad ordenada a la realización de la justicia. Al menos es lo que se espera de esa función estatal. Exactamente por eso es por lo que se defiende la concesión de poderes de instrucción al juez: para posibilitar que su decisión sea conforme al Derecho; que represente, en la medida de lo posible, la aplicación de una norma adecuada a los hechos presentados.

En síntesis: una cosa es la relación jurídico-sustancial; otra, la relación procesal. Ésta, una vez iniciada, debe desarrollarse de forma que propicie para la función jurisdiccional el mejor resultado posible. Y tal resultado, cuanto más

próximo sea a la realidad fáctica deducida en juicio, más satisfactorio será.

Es evidente que el Estado tiene interés en que la decisión retrate la realidad, aunque sea disponible el objeto del proceso. Solamente así la jurisdicción habrá alcanzado plenamente su objetivo: la correcta actuación de la norma, que proporciona la verdadera paz social.

La doctrina moderna abandonó definitivamente la concepción privatista del derecho procesal, que veía en el proceso un instrumento para la protección del derecho subjetivo y, por tanto, totalmente subordinado a la voluntad de las partes litigantes. La orientación actual, de inclinación claramente publicista, reconoce la existencia de un interés en el resultado del proceso que excede el angosto límite de las relaciones en él discutidas. La actuación del Ordenamiento jurídico interesa a toda colectividad. Por ese motivo, se admite la ampliación de los poderes del juez en el proceso, para la averiguación de la verdad real u objetiva, puesto que la formal no satisface ya al procesalista, atento a los fines sociales de su ciencia. El interés en la solución es tanto del juez cuanto de las partes. Y no se puede ignorar que, de los sujetos del proceso, solamente el magistrado busca la solución justa, visto que las partes miran a un resultado favorable a sus intereses, importando la adecuación de éstos al orden jurídico establecido.

No se puede negar que a las partes compete, predominantemente, la iniciativa probatoria. Pero eso solamente ocurre por cuestiones de orden práctico, no por la naturaleza del derecho. Sucede porque nadie conoce los hechos mejor de lo que ellas. Además, el juez no puede utilizar sus conocimientos particulares.

Cabe recordar, aún, que el legislador procesal no estableció ninguna diferencia de tratamiento en cuanto a los poderes del juez, en función de la materia discutida en el proceso. La amplitud de estos es la misma, cualquiera que sea la naturaleza de la relación jurídica objeto del proceso, sea ella disponible o no. En todas las hipótesis, se aplica el art. 130 del Código de Proceso Civil brasileño.

El derecho procesal es, sin duda alguna, instrumento del derecho material. No se puede aceptar, sin embargo, que, en función de esa instrumentalidad, principios de una relación jurídico-sustancial privada influyan en la relación procesal. El interés público en la actuación del ordenamiento jurídico es uno solo, sea cual sea la naturaleza de las normas a ser actuadas. La jurisdicción no sirve a eventuales derechos subjetivos. La instrumentalidad del proceso se refiere al derecho objetivo y a la justicia de la decisión.

La naturaleza de la relación jurídica repercute en los actos a ella pertinentes. Tratándose de derechos disponibles, las partes pueden, por ejemplo, convenir, renunciar, transigir. No pueden, sin embargo, influir en el desarrollo del proceso, al ser el instrumento estatal de mantenimiento del orden jurídico y, en último análisis, de promoción de la paz social. O sea, su objetivo, su finalidad es siempre pública e indisponible, cualquiera que sea la naturaleza del derecho en discusión. Si privada, las partes tendrán plena disponibilidad, pudiendo practicar actos en ese sentido. Pero, mientras no lo hagan, el poder de decir el Derecho es monopolio del Estado y, para tanto, su actividad debe desarrollarse en colaboración con las partes, jamás bajo el dominio de estas.

Es inadmisibles subordinar la actividad de instrucción del juez al interés particular, confundiendo principios relacionados con la relación material con aquellos concernientes al proceso. Éste no es un negocio que mire a la defensa de interés de la parte. La doctrina universal, hace mucho tiempo, abandonó la concepción privatista, poniendo de relieve, tanto en el proceso penal como en el civil, el interés público en la correcta aplicación de la ley sustancial, a fin de alcanzar la paz y la tranquilidad social. Las partes pueden perfectamente mantener el pleno dominio sobre los intereses en litigio, pero jamás sobre el desarrollo técnico y formal del proceso. La manera como la jurisdicción se realiza no pertenece a la esfera de disponibilidad de las partes, pues el proceso no puede ser visto solamente como un instrumento de composición de conflictos, de paci-

ficación, sino como medio por el cual se busca la justicia sustancial.

Iniciado el proceso, sea público o privado el derecho, prevalece el objetivo de la jurisdicción sobre el interés de las partes. Si éste es disponible, tienen las partes plenos poderes sobre la relación jurídico-sustancial, pudiendo incluso desistir. Mientras la solución del problema permanezca en las manos del Estado, éste debe agotar los medios posibles para que la solución se aproxime a la realidad. Solamente así la actividad jurisdiccional alcanzará plenamente su objetivo.

En síntesis: no se debe restringir la actividad de instrucción oficial en función de la naturaleza de la relación jurídica controvertida. Además de no haber ningún dispositivo legal que autorice tal conclusión, el objetivo buscado por la función jurisdiccional justifica plenamente “una conducta activista del magistrado”.

Tales premisas no contradicen lo sostenido en otra sede sobre la necesidad de reaproximación entre derecho material y derecho procesal, debiendo los institutos procesales ser concebidos en función de las especificidades del derecho material.

No se está predicando aquí el aislamiento del proceso y la desconsideración de la naturaleza de la relación jurídica sustancial. Es obvio que el juez se sentirá condicionado psicológicamente a actuar con mayor intensidad si es indisponible el objeto del proceso. Esa influencia subjetiva no puede ser negada. Solamente se insiste en la inexistencia de óbice legal a la actividad de instrucción, aunque sea disponible el derecho material en litigio, incluso porque puede el juzgador entender necesaria esa intervención, no solamente para la formación de su convencimiento, sino también para mantener el equilibrio del contradictorio.

Se defiende, en sintonía con la ciencia procesal moderna, el nexo de instrumentalidad entre proceso y derecho, lo que no significa, sin embargo, negar la autonomía del derecho procesal, cuyo objetivo de eliminación de las crisis de derecho material, para pacificación

social, debe ser buscado con todo empeño por el representante estatal, no importando la naturaleza de la relación jurídica controvertida.

9. EL JUEZ Y LA TÉCNICA PROCESAL

Importante es también el papel del juez en la correcta comprensión del denominado formalismo procesal, sobre todo en la aplicación adecuada de las reglas sobre nulidades de los actos del proceso.

Tanto la forma en sentido estricto cuanto la técnica procesal deben ser examinadas a la luz de los principios mayores del sistema —economía y utilidad—, ambos inspiradores de la instrumentalidad de las formas y de la fungibilidad de medios.

En esa medida, no se debe decretar la nulidad de un acto si de la atipicidad del mismo no resulta perjuicio para los objetivos mayores del proceso y no implica violación de los principios inherentes al debido proceso legal. Por la misma razón, la adopción de vías procesales impropias, el pedimento de tutelas inadecuadas —la no observancia de la técnica, en resumen—, solo deben ser considerados relevantes si el equívoco implica consecuencias no deseadas por el sistema. Si están preservados el objetivo del proceso y la igualdad de las partes, no hay por qué ser riguroso con las exigencias relativas a la técnica.

Esa premisa debe inspirar el comportamiento de los sujetos del proceso. Para realizarla en la práctica, sin embargo, es necesario que haya un radical cambio de mentalidad de todos los que se dedican al estudio o simplemente se valen de ese medio de solución de controversias. Las modificaciones legislativas son insuficientes para conferir efectividad al proceso si no encuentran intérpretes en condiciones de comprenderlas no solamente desde el ángulo gramatical, sino principalmente desde el punto de vista teleológico.

Nuestro desafío es mucho más cultural y de organización que propiamente legal. Lo esen-

cial es que el proceso sea mecanismo de justicia, medio para llegarse a la tutela de derechos; no fuente de nuevos conflictos.

Es imprescindible la admisión con mayor amplitud del diálogo directo entre partes y juez; lo que implica restablecer algunas ideas del sistema de la oralidad, hoy olvidadas.

Si los jueces procurasen asegurar el contradictorio pleno, oyendo anticipadamente a las partes antes de proferir cualquier decisión, aunque sobre materia cognoscible *ex officio*, seguramente se evitarían, muchos recursos.

¿Qué mal hay en la previa manifestación del actor con respecto a la posible no aceptación del inicio del proceso por carencia de acción, o del recurrente sobre la aparente inadmisibilidad del recurso? Adoptada esa providencia, tendría la parte oportunidad de evitar, anticipadamente, eventuales equívocos del juzgador, convenciéndolo de la presencia de las condiciones de la acción o de los requisitos de admisibilidad del recurso.

De ahí por qué no solo la técnica procesal debe ser dotada de mayor flexibilidad en cuanto a la forma y a medios —lo que implica concesión de mayores poderes al juez, para mejor adecuar el proceso a las características de la situación concreta—, sino que también él debe actuar de forma más efectiva en el desarrollo de la relación, participando activamente y asegurando a las partes una real oportunidad de participación.

La observancia de la técnica es fundamental para el correcto desarrollo del proceso, por representar garantía de orden, seguridad y participación de los sujetos en la formación de la tutela jurisdiccional. Se reconoce, por tanto, la importancia de la tipicidad del procedimiento, pues los modelos abstractos previstos por el legislador tienen fundamento en reglas de experiencia que no pueden ser despreciadas.

Pero es común que nos encontremos, en fases ya adelantadas del procedimiento, con problemas relacionados con la técnica. Son irregularidades que, si son detectadas en su momento, posiblemente la prosecución del proceso vendría comprometida, corriendo el

riesgo de ineficacia del instrumento. No se puede admitir el desarrollo de relación procesal sin la certeza de que al final será eliminada la crisis de derecho material.

Si por alguna razón, sin embargo, la relación entre juez, actor y demandado siguió su curso, no obstante el vicio, debe ser otro el raciocinio. Además de gastos de tiempo, energía y dinero de todos los interesados en la solución del conflicto, la preocupación mayor del juez debe ser la eliminación del defecto, a fin de que el instrumento pueda ser aprovechado.

Parece posible establecer una regla general a ser adoptada por el intérprete, delante de irregularidades verificadas en el curso del proceso, especialmente después del cierre de la fase de instrucción: si es posible el restablecimiento del orden procesal, la preservación de la seguridad y la garantía de participación de las partes en el resultado del proceso, el vicio debe ser ignorado. En otras palabras, asegurados el contradictorio y la amplia defensa, el juez extraerá del proceso el mayor rendimiento posible, aprovechando todo lo que fue hecho y no tomando en cuenta nulidades procesales, en virtud de la economía y por fuerza de la naturaleza instrumental del proceso.

Admitidas todas esas premisas, se llega a la conclusión inexorable de que es preciso buscar siempre, mediante interpretación sistemática y teleológica, la razón de ser de la exigencia legal pertinente a la forma o a la técnica procesal. Identificada la *ratio legis*, es necesario verificar si la atipicidad concretamente examinada impide los objetivos del acto, si implica violación al debido proceso legal o causa perjuicio a las partes. Si no, se ignora el vicio o no observancia de la técnica, posibilitando que el valor más importante sea alcanzado: la consecución de la tutela jurisdiccional definitiva.

Hay ciertas reglas procesales cuya función primordial es la protección del propio interés del Estado, consubstanciado en la correcta distribución de la masa de litigios entre los órganos delegados de resolverlos. El legislador, según criterios que él mismo elige, establece relación de adecuación entre ciertas crisis de

derecho material y determinados órganos jurisdiccionales.

Esa delimitación concreta del poder jurisdiccional es denominada “competencia”, cuyas normas miran a atender al interés público. La no observancia de ellas impide el desarrollo normal del proceso; y el fallo, en principio, no puede ser relevado, teniendo en cuenta la indisponibilidad del interés. Sea cual sea el momento en el que fue detectada, la incompetencia absoluta impide el juicio de fondo y puede causar la anulación de actos anteriormente practicados. El vicio es insanable.

Pero si el requisito procesal mira a la protección del interés de las partes, o si el reconocimiento de su ausencia no interesa ya a la economía procesal, la nulidad o la imposibilidad de examen del fondo de la cuestión no constituyen consecuencias no refutables. Es necesario examinar la situación concreta a la luz de otros valores, todos más relevantes que el formalismo y la técnica: instrumentalidad de la forma, perjuicio para el objetivo del acto y economía procesal.

El éxito de esta propuesta depende fundamentalmente del juez, a quien compete conducir el proceso en conformidad con sus objetivos. El legislador brasileño le confiere una gama enorme de poderes, incluso en lo que se refiere a la dirección del proceso. Debe utilizarlos con vistas a dotar el instrumento de utilidad.

En la base de ese raciocinio se encuentra el papel atribuido al juez. Le compete interpretar las reglas y extraer resultados útiles. Como ya fue observado por un ilustre jurista, mientras el crítico literario se pone ansioso para saber si su interpretación es aceptada por el público, en el juez ese sentimiento implica verdadero deber jurídico, pues forma parte de su función la solución de la crisis de derecho material.

En esa línea, asegurado el derecho a la amplia defensa y al contradictorio, no se puede permitir que vicios procesales sin relevancia —porque no impidieron que fuese alcanzado el objetivo del acto y del proceso, bien como no causaron perjuicio a ninguna de las par-

tes— acaben comprometiendo la propia finalidad del instrumento.

10. PODERES DEL JUEZ Y LA FLEXIBILIZACIÓN DE LA TÉCNICA

Además de la simplificación de la técnica —o, por lo menos, de la no exacerbación del formalismo estéril—, es también imprescindible dotar al juez de poderes más flexibles en la dirección y conducción del proceso, posibilitando la adopción de soluciones adecuadas a las especificidades de los problemas surgidos durante el desarrollo de la relación procesal.

La inclinación a reforzar los poderes del juez, fundada en el interés público existente en todo proceso, consistente en la solución adecuada de la crisis acaecida en el plano sustancial y traída para su examen por el Poder Judicial, tiene su hito inicial en la reforma del proceso civil austriaco de 1896, liderada por Franz Klein.

En esa línea, entre las diversas sugerencias destinadas a hacer que el proceso sea realmente instrumento de justicia —no el medio del que se valen los incumplidores del Derecho para postergar aún más la realización del Derecho—, interesa, aquí, examinar la simplificación de la técnica procesal mediante la concesión de poderes al juez para conducir el proceso de forma adecuada, según las circunstancias.

En primer lugar, es necesario abandonar la idea de que los actos procesales deben atender rigurosamente a determinadas forma anticipadamente establecidas, no teniendo el juez poderes para flexibilizar los rigores de la ley. El formalismo desorbitado es incompatible con la visión social del proceso. No podemos olvidar que el Estado está comprometido con la correcta solución de las controversias, no con la forma del proceso. Ésta constituye factor de garantía del resultado y de seguridad para las partes; no puede ser objeto de culto.

Cuanto más el legislador se valga de formas abiertas, sin contenido jurídico definido, mayor será la posibilidad del juez de adaptarlas

a las necesidades del caso concreto. Ese poder no se confunde con la denominada “discrecionalidad judicial”, sino que implica ampliación del margen de control de la técnica procesal por el juzgador.

El refuerzo de la autoridad judicial y la ampliación de los poderes conferidos al juez para adecuar las reglas procesales a las circunstancias de la situación litigiosa constituyen una orientación adoptada en las modificaciones introducidas en el proceso civil inglés en 1998.

Y ésta debe ser la concepción de la actividad desarrollada por el juez en el proceso. Es uno de los sujetos de la relación procesal y, en esa condición, es imprescindible que participe activamente del contradictorio, para volver efectivo el principio de la igualdad, en su aspecto sustancial, no siendo ya admisible la figura del juez espectador. A fin de cuentas —y esta afirmación está fundada en la inclinación ya afirmada de publicación del proceso—, la actividad judicial no se destina solamente a asegurar el cumplimiento de la técnica y de las reglas formales del procedimiento. Por encima de todo, el juez debe conducir el proceso, en la medida de lo posible, de modo que extraiga de él los datos de la situación de derecho material necesarios para la solución del litigio, otorgando la tutela jurisdiccional al vencedor lo más rápido posible, sin perder de vista la seguridad garantizada por los principios que componen el debido proceso constitucional. En otras palabras, le compete la dirección material, y no simplemente formal, del proceso.

El contradictorio no debe ya ser visto como instrumento destinado a asegurar a las partes paridad de armas en la lucha entablada por ellas. Más que eso, es medio con el cual el juez ejerce su actividad, posibilitándole la formación del convencimiento.

11. NATURALEZA DEL PODER DE INSTRUCCIÓN DEL JUEZ

Establecida la premisa de que el sistema procesal brasileño confiere poderes de inicia-

tiva probatoria al juzgador, es necesario saber cuál es la naturaleza de esa situación procesal.

Se rechaza, de plano, la idea de que el juez tenga poder discrecional de determinar la realización de la prueba.

Los dispositivos legales están llenos de términos abiertos, vagos o indeterminados. Son expresiones de “contornos semánticos flexibles”, en expresión de un autorizado científico, confiriendo al juez mayor poder en la concretización de la regla.

Siempre que ese fenómeno ocurre, crece sobremanera el papel del intérprete, a quien compete adecuar la letra de la ley a la realidad.

Cuanto mayor sea la indeterminación del concepto legal, más relevante y delicada se presenta la función jurisdiccional. La decisión, en esos casos, presupone gran libertad de averiguación crítica del juzgador, que la doctrina procesal suele identificar, de forma no muy precisa, con poder discrecional atribuido al juez.

En realidad, no se trata de poder discrecional, puesto que el juez, al decidir a la luz de esas reglas, no realiza por conveniencia y oportunidad, juicios de valor propios de la discrecionalidad.

Configurada una de esas hipótesis, verificando que hay subsunción de la situación descrita por la parte en cualquiera de las hipótesis legales, no quedará alternativa al juzgador, sino aplicar la regla invocada. Contra esa decisión cabe recurso, providencia destinada precisamente a posibilitar el reexamen de la cuestión por el órgano superior, que modificará la conclusión de primer grado si la entiende incorrecta.

No tiene el juez, por tanto, el poder de optar por una entre varias soluciones posibles. Caso de que se verifiquen las premisas legales, la única solución es aquella prevista por la norma. Es claro que cuanto mayor sea la imprecisión de los conceptos contenidos en la ley, tanto mayor será la libertad en el examen de esos requisitos. Pero esa circunstancia no torna discrecional el acto judicial.

De ahí la necesidad del juzgador de estar suficientemente preparado para asumir esa relevante función. Compete a él interpretar correctamente términos vagos utilizados por el legislador, confiriéndoles un significado compatible con las necesidades del proceso civil moderno. A fin de cuentas, principalmente en las hipótesis de medidas de urgencia, en apenas un acto, muchas veces antes de que el contradictorio se realice, podrá definirse provisionalmente el resultado del proceso.

De cualquier modo, ese poder más amplio del juez, esa mayor libertad en la determinación del sentido de la norma, no significa discrecionalidad. Por muy abiertos y vagos que sean los tipos legales, existen requisitos que han de ser atendidos, cuya concurrencia en el caso concreto debe ser contrastada por el juzgador, que fundamentará su decisión. Tales circunstancias son incompatibles con la supuesta discrecionalidad judicial.

En último análisis, se debe distinguir el poder discrecional de la interpretación de la ley, que consiste en la busca de la solución deseada por el legislador, o sea, de aquella más adecuada a la situación descrita en el proceso. En verdad, hay solo una solución correcta, aunque haya varias técnicamente posibles. Entre todas, compete al juez escoger aquella que, a su juicio, representa la voluntad de la ley en el caso concreto.

Existe, pues, cierta confusión, en sede doctrinal y jurisprudencial, entre discrecionalidad e interpretación. Por muy amplio que sea el campo de actuación del juez, en el ejercicio de la función de buscar el sentido de la ley, su decisión será siempre fundamentada y representará la única solución posible para la situación examinada, según su entendimiento. Interpuesto recurso, es perfectamente admisible la obtención de un resultado diverso, puesto que el órgano colegiado puede concluir que es otra la solución adecuada al caso concreto. Una y otra, sin embargo, representan la única opción correcta para el intérprete que la adoptó. Ninguno puede escoger una de ellas según un juicio de oportunidad.

Es necesario distinguir, pues, poder discrecional conferido al administrador de la libertad con aquello que el juez puede extraer de la exégesis de la ley, mirando a alcanzar la decisión correcta, que es única.

Discrecionalidad implica reconocimiento, por el sistema jurídico, de la posibilidad de adopción de dos o más soluciones, cabiendo al ente público la opción por cualquiera de ellas, pues todas son aceptadas como legítimas, adecuadas y correctas por el Derecho. Dentro de ese límite establecido por la ley, ésta es inmune de control.

Al interpretar la norma, el Poder Judicial no actúa de esa forma, puesto que, representando la visión de un determinado integrante de la función jurisdiccional en relación con el fenómeno a examen, la decisión será siempre susceptible de impugnación; pues la solución adoptada puede no ser la mejor, según el entendimiento de quien de ella discrepa. Ese ataque, manifestado por la vía del recurso, propiciará un nuevo análisis de la situación, pudiendo llevar a resultado diverso.

Tal cuadro no es compatible con la idea de discrecionalidad, excepto si es distinto el sentido atribuido a esa expresión. Si poder discrecional significa mayor libertad en la interpretación de la norma, teniendo en cuenta los conceptos vagos en ella existentes, el juez lo ejerce. Pero, si entendemos discrecionalidad como juicio fundado en conveniencia y oportunidad, el juez no actúa de esa forma.

Con relación a la obtención de prueba por determinación judicial, no es otra la conclusión. La decisión judicial en relación con la realización de determinada actividad de instrucción debe ser fundamentada. Necesita el juez aclarar los motivos por los que, a su juicio, la situación del proceso reproduce la hipótesis legal (CPC, art. 130). No basta simplemente ordenar la producción de la prueba. La iniciativa oficial en ese campo, como cualquiera otro acto decisorio, necesita una adecuada fundamentación, a fin de que, en eventual recurso, las partes puedan presentar razones de impugnación y el órgano superior esté en condicio-

nes de examinar los argumentos favorables y contrarios a la conclusión impugnada.

12. LÍMITES DEL PODER DE INSTRUCCIÓN DEL JUEZ

Cuestión tan difícil como relevante es la fijación de los límites eventualmente impuestos por el sistema al ejercicio del poder probatorio por el juez.

En principio, se puede decir que los elementos objetivos de la demanda constituyen la primera limitación. A la luz del principio de congruencia, la sentencia debe atender al pedimento y a la causa de pedir (CPC, arts. 128 460). Si es así, no puede el juez buscar pruebas relativas a hechos no sometidos al contradictorio.

También parece correcto afirmar que la necesidad de producción de la prueba debe ser contrastada con los elementos del proceso. Para resolver la realización de determinada diligencia de instrucción, el juzgador debe tener en cuenta, exclusivamente, datos obtenidos en el proceso.

Se presentan, también, como límites a la actividad probatoria oficial el sometimiento de la providencia al contradictorio y la fundamentación del acto judicial que la determina.

Tales consideraciones, sin embargo, no aclaran si el sistema establece alguna restricción específica a la iniciativa probatoria del juez. Se trata solamente de principios y reglas generales aplicables a la materia en análisis.

No obstante, por muy amplios que sean los poderes de instrucción del juez, como se pretendió demostrar, hay límites impuestos por la técnica procesal.

Como ya hemos visto, la ausencia de defensa implica ser incontrovertidos los hechos afirmados en la demanda, que no dependen de prueba y son considerados presuntamente verdaderos (CPC, arts. 319 334, III). El aparente rigor legal viene siendo atenuado por la doctrina y por la jurisprudencia, mediante la

interpretación sistemática y teleológica del sistema procesal (cf. apartado 2.3). En esa línea de raciocinio, se ha entendido que nada obsta para que determine el juez la producción de pruebas si, a pesar de la falta de defensa, los hechos narrados por el actor son inverosímiles.

Pero, exceptuada esa hipótesis, es lícito afirmar que es inadmisibles la determinación oficial para que el actor demuestre la veracidad de los hechos constitutivos de su derecho, verosímiles e incontrovertidos. El legislador, en ese caso, optó claramente por el valor celeridad, prefiriendo tutela rápida, concedida mediante cognición sumaria. En principio, no hay razón para que el juzgador resuelva la producción de pruebas.

Estamos delante de un límite técnico y legítimo a la iniciativa probatoria oficial. Por eso, en el ejercicio de la función jurisdiccional, ya concluí en diversas oportunidades por la aplicación de lo dispuesto en los arts. 319 y 334, III, del Código de Proceso Civil, por tratarse de hechos verosímiles e incontrovertidos. El sistema no acepta alternativa al acogimiento de la pretensión inicial. Una eventual ausencia de prueba no impide esa conclusión, pues las reglas legales indican la posibilidad de que la tutela final sea concedida sin cognición exhaustiva, bastando la versión verosímil de la autora. Ni sería legítima la iniciativa probatoria oficial (CPC, art. 130), pues el legislador, en casos como el del proceso, optó por el valor efectividad, en detrimento de la seguridad jurídica.

Incluso en los embargos en la ejecución, en los que la doctrina y la jurisprudencia han entendido inaplicables los efectos de la ausencia de defensa, el raciocinio permanece inalterado. Si no hay contradicción entre los hechos deducidos en la ejecución y aquéllos descritos en el escrito inicial del proceso de incidental, la ausencia de impugnación por el embargado torna incontrovertidos los hechos, porque, si son verosímiles, no dependen de prueba.

La preclusión de la facultad de requerir la producción de determinada prueba, verificada con relación a la parte, no impide el ejercicio

de los poderes probatorios del juez. No hay aquí regla que legitime solución diversa. Nada indica que tenga el sistema para impedir la iniciativa probatoria oficial en razón de la pérdida, por la parte, de la facultad de producir una determinada prueba.

No obstante eso, la iniciativa probatoria oficial no puede acarrear excesiva demora, bajo pena de atentar a la garantía constitucional de la celeridad, según la cual el proceso debe terminar en tiempo razonable (CF, art. 5º, apartado LXXVIII).

Fecha de recepción: 22 de diciembre de 2009

Fecha de aceptación: 1 de febrero de 2010