Poderes del Juez Y Visión Cooperativa del Proceso¹

C. A. Alvaro de Oliveira ²

I. No caben dudas que el derecho procesal, como fenómeno cultural, constituye producto exclusivo del hombre, siendo por consecuencia inevitablemente empulgado por el concepto, un tanto concerniente, es verdad, de libertad. Por eso, el tejido interno del proceso se forma por la confluencia de ideas, proyectos sociales, utopías, intereses económicos, sociales, políticos y estrategias de poder vigentes en determinada sociedad con marcas específicas de tiempo y espacio.

Constituye, pues, un grave equívoco, asimilarlo, a pesar de su carácter formal, a una simple ordenación de actividades, dotado de cuño exclusivamente técnico, compuesto por reglas establecidas de modo totalmente arbitrario por el legislador. La estructura misma del proceso civil no es moldeada por la simple adaptación técnica del instrumento procesal a un objetivo definido, pero especialmente por opciones de naturaleza política, en búsqueda de medios más adecuados y eficientes para la realización de los valores, especialmente los de contenido constitucional. Esos valores, en realidad son los que estructuran la vida jurídica de cada pueblo, de cada nación, de cada Estado³.

En esa perspectiva, el tema de los poderes del juez constituye uno de los más fascinantes de la dogmática procesal civil, porque se vincula estrechamente a la naturaleza ya la función del proceso, a la mayor o a la menor eficacia de ese instrumento en la realización de sus objetivos y, todavía, al papel que es atribuido al magistrado, en la

¹ Artigo Publicado Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, n° 4, pp. 31-72; ensaio a ser publicado em livro em homenagem ao Professor Jose Rodriguez Urraca; também em vias de publicação na Revista de Derecho Procesal, Buenos Aires: Argentina, e na Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

² Professor de Processo Civil da Faculdade de Direito da UFRGS (Porto Alegre, Brasil) Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo.

³ Cf. Carlos Alberto de Oliveira, *Do formalismo no Processo Civil*, São Paulo, Saraiva, 1997.p74-76, 125-126, *passim*

dirección y solución del proceso, en consonancia con los factores arriba mencionados.

Se impone, así, establecer una solución de compromiso, que permita al proceso llegar a sus propósitos esenciales, en razonable espacio de tiempo y, principalmente, con justicia. Al mismo tiempo, importa estar atento para que el poder concedido al juez no redunde en arbitrio o comprometa su necesaria y imprescindible imparcialidad. En tal contexto, resalta con fuerza la etapa civilizatoria, la fuerza de las instituciones y del ejercicio de la ciudadanía en determinada sociedad. Sólo llevándose en consideración esas variables, será posible apreciar la conveniencia de que sean o no reforzados los poderes del juez, engrandecidos o disminuidos los de las partes.

Toda esa discusión, pues, es influenciada al fin y al cabo por la justa y exacta ponderación de que cualquier simplificación procesal en el dominio de las formas, a mayor o menor libertad del juez, *"non e possibile se non in proporzione de/ la fiducia che in un dato momento l'ordine giudiziario ispira ai cittadini"*⁴. Confianza que sólo será adquirida si existir comprensión recíproca entre la ciudadanía y la magistratura, eficiencia y competencia de ésta en el ejercicio de sus altas funciones.

2. En una visión de conjunto, todavía introductoria, se revela esencial tener presente las dos más importantes concepciones en el trato del problema y sus desdoblamientos a lo largo de la historia del derecho procesal y las principales ideas desarrolladas a respecto. También es conveniente investigar si no es posible una tercera vía, que potencialice de modo más efectivo la realización del derecho material y la obtención de justicia, en tiempo razonable.

La concepción liberal, aún no imbuida claramente del carácter público del proceso, atribuya a las partes no solamente amplios poderes para el inicio y final l mismo y el establecimiento de su objeto, como también sometía a la exclusiva voluntad de éstas su ritmo y desarrollo atribuyéndole total responsabilidad en lo que dice respecto a la propia instrucción probatoria. Los poderes del órgano judicial eran, pues significativamente restringidos.

Sintomáticamente uno de los más representativos exponentes del proceso civil del siglo XIX, época de total aceptación de este modelo, principalmente en razón de ser entonces concebido el proceso como institución destinada a la realización de derechos privados, marcaba producir el dominio de las partes sobre el objeto del litigio, su origen, continuación y contenido, justificando el principio dispositivo exclusivamente por la falta de interés del Estado en el objeto de la controversia⁵. Así como en otros campos, se creía en el libre juego de las fuerzas sociales, conquistando

⁴ CHIOVENDA, *Principi di Diritto Processuale*, 4 ed, Napoli, Jovene, 1928, 43II pág 664.

⁵ ADOLF WACH, Conferencias sobre la ordenanza procesal civil alemana, trad. de ERNESTO KROTOSCHIN, Bs. Aires, Ejea, 1958, págs. 60-61

cuerpo la idea de que el próprio interés de la parte litigante en el derecho alegato constituiría eficiente catalizador para la más rápida investigación de la situación jurídica⁶.

Hoy, sin embargo, el carácter privado no corresponde más a la concepción dominante sobre la naturaleza y la función del proceso civil, pues la experiencia ha desmentido la creencia en la eficacia del trabajo desarrollado por los participantes del proceso⁷. Es suficiente pensar en que la aplicación del principio dispositivo en su concepción clásica, imponiendo exclusiva contribución de las partes en el aporte al proceso de la materia de hecho relativiza más allá de lo deseable de la apreciación de la verdad por el juez, forzándole a contentarse pasivamente con la versión traída por las partes. También restringe la libertad del órgano judicial, de manera inconveniente, la adopción del llamado sistema de prueba legal ante la rígida regulación de la apreciación de la prueba, cuyo ejemplo más completo es proveído por el derecho común.

En el extremo opuesto, se pone la institución de un proceso civil para las relaciones de derecho privado con plena exclusión del principio dispositivo y absoluto dominio del principio de la oficialidad en favor de amplia investigación de la verdad "real y objetiva", como ocurrió en los países del mundo socialista, lo que ocasionaría la casi total absorción del derecho civil por el derecho público⁸.

Realmente, la radicalización en ese tema puede implicar exagerada "publicización" del proceso, llevando hasta a la absorción de la justicia en la administración como llegó a ser sugerido en el plano doctrinario en Alemania nazi, con ilimitada atribución de poderes al juez en la investigación probatoria y consecuente enflaquecimiento de las garantías y seguridad de los derechos individuales⁹.

⁶ WALTER J. HABSCHEID, *Richtermacht oder Parteifreiheit – Über Entwicklungstendenzen des modernen Zivilprozessrechts*, in *Zeitschrift für Zivilprozess*, 81 (1968): 175 – 196, esp págs. 186 – 187.

⁷ Cf. la crítica del propio HABSCHEID, *Richtermacht*, cit., pag. 187.

⁸ FIERO CALAMANDREI, *Sul progetto preliminare Solmi*, Informe de 28. 7. 1937, ahora en *Opere Giuridiche*, vol. I (1965), Napoli, Morano, nº 8, pag. 309, ya advertía sintomáticamente para el fenómeno de abolición del derecho privado en face de la exacerbación del principio inquisitorio. CAPFELLEN, *Le grandi tendenze evolutive del processo civile nel diritto comparato*, in *Processo e ideologie*, Bologna, Il Mulino 1969, pag. 183, destaca ese aspecto del problema al ejemplificar con el carácter público del derecho de crédito en la extinta U.R.S.S, no más perteneciente "al individuo mientras tanto, pero si mientras miembro de un determinado grupo social", lo que conducía incluso a la negación de la libertad del acreedor ejercer o no tal derecho, conforme su voluntad. En la doctrina alemana, KRÜCKMANN defiende la idea de que el deudor y acreedor se sujeten al tribunal, no habiendo directamente relaciones privadas entre ellos, porque inseparables el derecho privado y el público, una vez que el derecho privado no puede dejar de ser derecho público (apud, GEORG SCHÜLER, *Der Urteilsanspruch – Ein Beitrag zur Rechtschutzlehre und zum materiellen Justizrecht*, Tübingen, J.C.B. Mohr (paul Siebeck), 1921, § 15, m., pag. 86).

⁹ Correcta y actual la ingeniosa crítica de FIERO CALAMANDREI, *Abolizione del processo Civile?*, *Rivista di Diritto Processuale Civile*, X (1938):336-340, a las sugerencias regresivas de BAUMBACH en pro de la reducción del proceso civil a mero procedimiento de jurisdicción voluntaria.

Acuérdese, también la reforma prusiana, bajo inspiración de FREDERICO II, EL GRANDE, a establecer amplia investigación oficiosa de los hechos por el juez en cualquier tipo de proceso. Igualmente, de manera contradictoria y sorprendente, aunque en postura más conforme con el autoritarismo prusiano, fuera retirada al magistrado cualquier libertad para la apreciación de la prueba adquirida¹⁰.

Sin embargo, aunque con el empleo de esos antiguos procedimientos que contienen en sí, además, las desventajas propias del proceso de tipo inquisitorio -no se puede tener la ilusión de que la verdad material pueda siempre ser alcanzada. Ya eso se viene agregar, principalmente después del fracaso del socialismo real, cierto ceticismo en el aspecto de la autoridad y de la tutela ofrecida por el Estado, refutándose su intervención en la esfera de la autonomía privada (aunque la dirección del proceso por el magistrado tenga por meta conducir la controversia de manera objetiva, de modo a alcanzarse en tiempo razonable a la emanación de un juicio lo más cercano de la verdad).

La investigación de otro método de trabajo, más apropiado a la naturaleza del proceso actual, capaz de obtener mayor eficacia en la aplicación y realización del derecho, se identifica especialmente en la reforma procesal efectuada por FRANZ KLEIN en Austria, al final del siglo XIX¹¹.

Después de subrayar el elevado concepto del valor social y público del proceso resultante de la historia, destaca KLEIN la necesidad de ser rápidamente extirpado, de manera más simple y barata ese auténtico "mal social" ("sozial Übel"). En ese contexto, los principios procesales de la oralidad, de la publicidad y de la libre valoración de la prueba, constituyen sólo medios, técnicos diríamos nosotros, para atingirse el propósito del proceso, entendido éste como ayuda segura e inmediata ("Gegenwartshilfe"), una indispensable regla de bienestar social¹². De esa premisa extrae sobre todo, la necesidad de la más aguda actividad del juez, solicitado a participar de forma más intensa en el proceso y en particular en la investigación de los hechos. Se trata de confiarle dirección efectiva y no solamente formal del proceso.

Declaradamente, la preocupación de KLEIN se centraba en la idea de crear un proceso civil en el cual la parte menos hábil, menos culta, menos dotada de recursos (sin posibilidad de pagar un defensor eficiente y capaz) viniera a encontrarse en pie de igualdad material y no solamente formal en relación al adversario. De ahí, el fortalecimiento de los poderes del órgano judicial a punto de se imponer a éste no

¹⁰ Introducción de la *Allgemeine Gerichtsordnung* de 1793 -1795, §§ 6º y 7º. Ver a respecto, A. TROLLER, *Von den Grundlagen des zivilprozessualen Verfahrens*, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1945, § 5,2, págs. 44-46.

¹¹ Sobre la reforma de KLEIN y sus antecedentes históricos, RAINES SPRUNG, *Le basi del diritto processuale civile austriaco*, *Rivista di Diritto Processuale*, XXXIV (1979): 24-39.

¹² RAINER SPRUNG, *Le basi*, cit, pág. 37.

sólo la facultad pero igualmente el deber de advertir a los litigantes de las irregularidades y huecos de sus pedidos y alegaciones, en el ejercicio de una verdadera función supletoria y auxiliar. El juez ultrapasa, así, la posición de mero árbitro fiscalizador de la observancia de las "reglas del juego", para alcanzar status de activo participante, con vistas a evitar la pérdida de la causa por la escasa habilidad de la parte o de su representante.

Por eso, KLEIN considera el proceso civil una "Wohlfahrtsenrichtung", o sea, un instituto destinado a promover el bienestar colectivo, considerándolo principalmente como fenómeno social de masa. Sería un error, pondera KLEIN, pensar que la inactividad del juez y la actividad exclusiva de las partes constituirían en el proceso la última conclusión de toda la sapiencia humana¹³.

Haciéndose un análisis crítico de esa visión social del proceso se impone advertir, en primer lugar, que aumento de los poderes del juez no debe significar, necesariamente, completa indeterminación de esos poderes. De modo ninguno la pretendida restauración de la autoridad del poder estatal en el proceso habrá de implicar renuncia a se normativizar su desarrollo. Tal solución transferiría al órgano judicial el poder de crear a su modo, caso por caso, la regla procesal más apropiada para el desarrollo del procedimiento, conduciendo a total indeterminación e impresibilidad. Se incrementaría, así de manera totalmente desnecesaria, el arbitrio del poder estatal dentro del proceso. Sin embargo la función social del proceso, el exceso de poderes del órgano judicial podría desembocar en un proceso esencialmente privado de formas, conducido según la libre discrecionalidad del juez, con probable perjuicio a la igualdad substancial de las partes y violación del principio de la certeza jurídica, sin hablar del eventual menosprecio al nexo entre el derecho material y el procesal.

Si KLEIN tenía completa razón al constatar que el proceso civil es integrado por normas para la protección del interés de la colectividad y de los bienes jurídicos del individuo, imposible desconocer, por otro lado, las garantías de los ciudadanos y de las personas en general contra el arbitrario e ilimitado ejercicio del poder estatal y

¹³ KLEIN, *Zeit- und Geistesströmungen im Prozess*, in *Reden, Vorträge, Aufsätze, Briefe*, Wien, Manz, 1927, págs. 126-134. Como sabido y resaltado por F. BAUR, *Zeit- und Geistesströmungen im Prozess (Einige aktuelle Bemerkungen zu dem so betitelten Vortrag von Franz Klein)*, in *Beiträge zur Gerichtsverfassung und zum zivil/prozessrecht*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1983, págs. 135-150, esp. pág. 137 y nota 3, las ideas del jurista austriaco se propagaron ampliamente en las ordenanzas de Europa continental. De allí pasaron igualmente a influir otros sistemas a ejemplo del brasileño y del Código de Proceso civil iberoamericano. Ver a respecto de éste en la exposición de motivos del anteproyecto, elaborada por ADOLFO GELSI BmART, LUIS TORELLO y ENRIQUE VESCOVI, los tópicos "Principio dispositivo o inquisitivo; papel del juzgador en materia de prueba" y "Los poderes, deberes y responsabilidades del juez y de las partes", *Códigos Procesal Civil y Procesal Penal, Modelos para Iberoamérica*, coord. del Profesor JOSE ALMAGRO NOSETTE, Madrid, Ministerio de Justicia, 1990, págs. 44-46, 52-55, en los cuales se destaca el papel social del proceso y la nitida tendencia de intensificación de los poderes del órgano judicial.

hasta el interés del propio Estado en la realización de su derecho objetivo, interés que también podría periclitarse ante el arbitrio absoluto.

Al mismo tiempo no hay como hacer retroceder el activismo judicial resultante de la evolución social, política y cultural de nuestra época ya tomado "*chape faité*", y que realmente puede contribuir para la más acabada realización de la tutela jurisdiccional. Por señal Informe relativamente reciente sobre el activismo judicial extrae de la situación actual, dentro de esa línea de pensamiento las siguientes conclusiones: a) declina el sistema inquisitorial de tipo socialista, mientras aumenta de manera continua el poder del juez (en la dirección del proceso, en su ordenación y en el dominio de las pruebas); b) es confirmado, por casi todos los relatores nacionales, el crecimiento del activismo del juez en su sistema procesal nacional, con manutención del principio dispositivo; c) se verifica un acercamiento de los sistemas angloamericanos y europeo en el dominio de la "*richterliche Rechtsfortbildung*" y el mismo fenómeno ocurre en el ámbito del proceso; d) el activismo del juez se muestra perfectamente conciliable con el activismo de las partes, conscientes y cooperantes ¹⁴.

Ese activismo en gran parte decurre de la tomada de conciencia de que el juez es también un actuante político del Estado, portador del poder de éste y expresión de la democracia indirecta ejercida en los estados occidentales contemporáneos, inexistiendo pues razón para encerrarlo en cubículos formales del procedimiento, sin libertad de movimientos y con poquísima libertad creativa ¹⁵. El exceso de formalismo conduciría, por otro lado, a la exaltación de las prescripciones formales como fin en sí mismo, de modo manifiestamente incompatible con las finalidades sociales del proceso moderno ¹⁶.

Por otro lado, esas consideraciones ponen en el tablado de las discusiones el propio paradigma de proceso civil hoy vigente entre nosotros basado en una concepción que induce el órgano judicial a asumir una posición dominante y superior en relación a las partes y sus representantes, fundamentada especialmente en la autoridad, en la jerarquía y en la lógica burocrática.

Para que el problema sea bien entendido se revela de gran importancia comparar el modelo tradicional de proceso de los días que corren con la idea de *iudicium* vigente hasta el siglo XVII.

¹⁴MARCEL STORME, Informe sobre el activismo judicial, ofrecido en el IX Congreso Mundial de Derecho Judicial realizado en Coimbra — Lisboa, de 25 a 31 de agosto de 1991, págs. 448-486 de los anales.

¹⁵CANDIDO R. DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*, 2a ed., sao Paulo, RT, 1990, pág. 182.

¹⁶La observación es de LUIGI COMOGLIO, Direzione del processo e responsabilità del giudice in *Rivista di Diritto Processuale*, XXXII (1977) 14-56, esp. Pág. 19

El llamado *ordo iudiciarius* era hartamente influenciado por las ideas expresas en la retórica y en la tópica aristotélica, concebido y pensado como *ars dissedendi* y *ars opponendi et respondendi* todo con vistas a resolver el problema, que ocupaba el centro de la discusión. En la lógica de lo probable, previsto por tal concepción, la investigación de la verdad no se presentaba como resultado de una razón individual, pero del esfuerzo combinado de las partes, revelándose implícita una actitud de tolerancia en relación a los “puntos de vista” del otro y el carácter de sociabilidad del saber. Como o *iudicium* era impuesto por la práctica judicial al margen de la autoridad estatal, transcurriendo sólo de la elaboración doctrinaria, sin cualquier fundamento en regla escrita, reclamaba de manera intrínseca una similitud y recíproca reglamentación del diálogo judicial¹⁷. Esa “orden isonómica”, y el punto es bastante importante, visaba a garantizar la igualdad entre gobernantes y gobernados, entre el juez y las partes y entre las propias partes¹⁸.

El cambio de perspectiva, introducido por la lógica de PETRUS RAMUS (1515- 1572)¹⁹, anticipa una alteración de dirección que busca añadir al derecho los métodos propios de la ciencia de la naturaleza, un pensamiento dirigido por el sistema, en busca de una verdad menos probable, con aspiraciones de certeza, a implicar el pasaje del *iudicium* al *processus*.

A partir del siglo XVII, el nuevo panorama metodológico se fortalece con la estatización del proceso; con la apropiación del *ordo iudiciarius* por el soberano, por el príncipe, que pasa a reivindicar el monopolio de la legislación en materia procesal, tendencia incrementada después por las ideas del iluminismo y por el verdadero terremoto producido por la Revolución Francesa²⁰. Se pierde, así, la dimensión retórica del proceso. Más que eso la intromisión estatal en el proceso judicial viene a reflejarse en los poderes del juez y el nuevo *ordo* presenta un carácter “asimétrico”, privilegiando

¹⁷ A respecto, la obra fundamental de ALESSANDRO GRULIANI, *Il concetto di prova* (contributo alla logica giuridica), Milano, Giuffrè, 1961, págs. 145-146, *passim*. Ver, aún, del mismo autor, *Logica del diritto* (teoria dell'argomentazione), Enciclopedia del Diritto, :XXV (1975):13-34. Insistente y por demás reveladora la admirable síntesis de NICOLA PICARDI, *Processo Civile* (dir. moderno), Enciclopedia del Diritto, XXXVI (1987): 101-118. Desde el punto de vista histórico, se muestra bastante instructivo el profundo análisis de KENNETH PENNINGTON, *The Prince and the Law, 1200-1600, Sovereignty and Rights in the Western Legal Tradition*, Bekerley, University of California Press, 1993, págs. 132-164, *passim*.

¹⁸ PICARDI, *Processo Civile* (dir. moderno), cit., pág. 116.

¹⁹ Se revela significativo el título de la tesis de graduación de PIERRE DE LA RAMÉE: “*Touto que Aristóteles enseñó es falso*” (1536). La crítica a la vieja lógica logró su plenitud con la publicación de la obra *Aristotelicae Animadversiones* (1543). La influencia de su lógica puede ser contrastada por el hecho de que, dos años antes de la muerte de Ramus, Milton tuviera publicado un pequeño tratado a respecto: *Artis logicae Plenior Institutio ad Petri Ramí Methodum condemnata*.

²⁰ PICARDI, *Processo Civile* (dir. moderno), cit., págs. 110-117. 19 PICARDI, *Processo Civile* (dir. moderno), cit., pág. 117.

la posición de la autoridad delante de los ciudadanos²¹, introduciendo un paradigma que sólo actualmente, paso a ser puesto en jaque.

Esa línea de inflexión empieza a ganar fuerza con la renovación de los estudios de lógica jurídica, a partir de los años cincuenta del siglo:xx²², y con la énfasis prestada al sentido problemático del derecho, elementos que en cierta medida inician el rescate de la antigua dimensión retórica y dialéctica del proceso. No se puede dejar de destacar que tal fenómeno ocurrió exactamente cuando -ya renunciando el postmodernismo -más agudos y comprimentes se volvían los conflictos de valores y más imprecisos y flexibles los conceptos²³.

Además, no se puede desconocer, hoy, que la aplicación del derecho es basada fundamentalmente en conceptos jurídicos indeterminados, tales como los principios. Por señal, el nuevo Código Civil brasileño, en vigor desde 11.1.2003, recurre constantemente a conceptos jurídicos indeterminados y a juicios de equidad (v.g., arts. 317,413,421,422, 478 y 944).

La colocación del problema en el centro de las preocupaciones hermenéuticas, con el empleo de lógicas más adecuadas a la especificidad del fenómeno jurídico y el frecuente empleo de principios, conceptos jurídicos indeterminados y juicios de equidad, en detrimento de una visión rigurosamente formalista en la aplicación del derecho, habría simplemente de se reflejar en el proceso. Ocurre debido a esto, en primer lugar la recuperación del valor esencial del diálogo judicial en la formación del juicio, que ha de fructificar por la colaboración de las partes con el órgano judicial y de éste con las partes, conforme las reglas formales del proceso. El coloquio así estimulado, dígase, deberá sustituir con ventaja la oposición y la confrontación, dando oportunidad al concurso de las actividades de los sujetos procesales, con amplia colaboración tanto en la pesquisa de los hechos cuanto en la valorización de la causa.

²¹ PICARDI, *Processo Civil (dir. moderno)*, cit, págs. 110-117. 19 PICARDI, *Processo Civil (dir. moderno)*, cit, pág. 117.

²² Así la obra de THEODOR VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz (Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung)*, cuya la edición fecha de 1953, la de GIULIANI, arriba citada, ya la de CHAIM PERELMAN (y g., *Tratado de Argumentação (a nova retórica)*, en colaboración con LUCIE OLBRECHTS- TYTBICA, 1958, edición brasileña en la trad. de MARIA ERMANTINA GALVAO G. PEREIRA, sao Paulo, Martins Fontes, 1966).

²³ Por eso, ya en 1973 observaba FRITZ BAUR, *Les garanties fondamentales des parties dans le proces civil en République Fédérale d'Allemagne*, in *Fundamental Guarantes of the Parties in Civil Litigation*, orgs. CAPPELLETTI E TALLON, Milano, Giuffrè, 1973, págs. 3-30, esp. pág. 19, que "un sobrevuelo de la jurisprudencia de los tribunales alemanes, en particular del Tribunal constitucional federal, en lo que toca al derecho de ser oído delante de los tribunales, permite decir que ese aforismo ofreció y siempre ofrece la posibilidad de permitir la aplicación de los principios de un proceso leal y justo, materia en que precisamente los códigos de proceso son incompletos o con lagunas".

Las directivas aquí preconizadas son reforzadas, por otro lado, por la percepción de una democracia más participativa, con un consecuente ejercicio más activo de la ciudadanía, incluso de la naturaleza procesal.

Además, se revela evidente la importancia del contradictorio para el proceso justo, principio esencial que se encuentra en la base misma del diálogo judicial y de la cooperación. A ese respecto, MARCEL PROUST en *A l'ombre des jeunes filles en fleur*, con su apurada sensibilidad, subraya de modo ejemplar que "una idea fuerte comunica un poco de su fuerza al contradictor. Como participa del valor universal de los espíritus, ella se introduce en el espíritu de aquél a quien refuta, en medio de ideas adyacentes, con ayuda de las cuales, retornando alguna ventaja, él la completa y recífica; tanto así que la sentencia final es de algún modo obra de las dos personas que discursan"²⁴. En la perspectiva judicial, diría que la sentencia final sólo puede resultar del trabajo conjunto de todos los sujetos del proceso.

Ora, la idea de cooperación además de implicar, sí, un juez activo, colocado en el centro de la controversia, importará el restablecimiento del carácter isonómico del proceso o por lo menos la búsqueda de un punto de equilibrio. Ese objetivo se impone alcanzando por el fortalecimiento de los poderes de las partes, por su participación más activa y leal en el proceso de formación de la decisión, en conformidad con una visión no autoritaria del papel del juez y más contemporánea cuanto a la división del trabajo entre el órgano judicial y las partes²⁵. Aceptas esas premisas axiológicas, cumple apartar la incapacidad para el diálogo estimulada por la actual conformación del proceso judicial brasileño, asentado en otros valores²⁶.

No se trata, bien entendido, de propiamente restablecer el *ordo* isonómico medieval, pero de inserir el proceso en la época post-moderna, de modo a legitimarse plenamente el ejercicio de la jurisdicción mediante mejor y más acabada comunicación del órgano judicial con los actores del proceso y por la busca de un razonable equilibrio de los poderes del juez en relación a los poderes de las partes y de sus representantes²⁷.

²⁴ MARCEL PROUST, *Em busca do tempo perdido*, vol. II, *A sombra das raparigas em flor*, trad. de Mário Quintana, 2. Ed., Porto Alegre, Globo, pág. 107. La propia concepción de la garantía del contradictorio no se muestra contraria a la idea de un proceso civil cooperativo, cf. C. A. ALVARO DE OLIVEIRA, *Garantia do Contraditório*, in *Garantias Constitucionais do Processo Civil (Homenagem aos dez anos da Constituição Federal de 1988)*, JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI coordinador, São Paulo, RT, págs. 132-150.

²⁵ A respecto de esas ideas, C. A. ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo* cit., pág. 133-140, *passim*.

²⁶ Como bien pondera HANS-GEORG GADAMER, *La incapacidad para el diálogo* (1971), in *Verdad y Método*, vol. n, 2. Ed., trad. de MANUEL OLASAGASTI, Salamanca, Sígueme, 1994, págs. 203-210, aunque la capacidad para el diálogo sea un atributo natural del hombre, pues el lenguaje sólo se da en el diálogo, muchas veces no se quiere oír el otro, o se oye malo.

²⁷ En el ensayo *Efetividade e Processo de Conhecimento* in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, 16 (1999): 7-19, busqué alinear algunas sugerencias concretas, de *lege ferenda*, en el sentido del establecimiento de un nuevo proceso civil brasileño más conformado a los valores mencionados en el texto.

Dentro de esos balizamientos, se pautó la notable alteración introducida en el Código de Proceso Civil portugués por los decretos-ley 329-A, de 12 de diciembre de 1995 y 180, de 25 de septiembre de 1996, a adoptar como meta el principio de cooperación, y la reforma del proceso civil francés inspirada por el informe COULON DE 1996²⁸, destacando el equilibrio y el diálogo.

De ahí la necesidad de establecerse el permanente concurso de las actividades de los sujetos procesales, con amplia colaboración tanto en la pesquisa de los hechos, cuanto en la valorización jurídica de la causa²⁹. Colaboración esa, se destaca fortificada por permanente diálogo, con la comunicación de las ideas proporcionadas por cada uno de ellos: juicios históricos y valorizaciones jurídicas capaces de ser empleados oportunamente en la decisión³⁰. Semejante cooperación, se resalte, se justifica todavía más por la complejidad de la vida actual.

Entendimiento opuesto padecería de vicio dogmático y positivista, sobre todo porque la interpretación de la *regula iuris* en el mundo moderno, solamente puede nacer de una comprensión integrada entre el sujeto y la norma, generalmente no unívoca, con fuerte carga de subjetividad. Y esa contestación todavía más reforzada pro el reconocimiento de que todo derecho litigioso se presenta incierto de forma substancial.

Exactamente, en face de esa realidad, cada vez más presente en la rica y conturbada sociedad de nuestros tiempos, en cambio permanente ostentándose inadecuada la investigación solitaria del órgano judicial. Todavía más que el monólogo reduce necesariamente la perspectiva del observador y en contrapartida el diálogo, encargado por la dialéctica, amplía el cuadro de análisis, constriñe a la comparación, atenúa el peligro de opiniones preconcebidas y favorece la formación de un juicio

²⁸ JEAN-MARIE COULON Reflexions et propositions sur la procédure civile in Rapport au garde des Sceaux, ministre de la Justice, Paris, 1997, donde se destaca (pág. 13) que "Le maître mot du nouveau Code de procédure civile est équilibre; équilibre des relations entre les parties et le juge, équilibre des intérêts en présence qui trouve sa pleine expression sans le contradictoire, sans cesse réaffirmé"

²⁹ Con gran sensibilidad poética FRANCESCO CARNELUTTI *Torunano al "giudizio"* Rivista di Diritto Processuale, IV (1949): 165-174, bien resume esa nueva perspectiva: "Sulla scena davanti a me, non c'erano che due uomini, chi giudica e chi è giudicato. Due uomini, questo è il problema. Due fratelli, questa è la soluzione"

³⁰ Así, EDUARDO GRASSO, La Collaborazione nel Processo Civile, in Rivista di Diritto Processuale, XXI (1966): 587-609, esp. Pág. 587. Para GRASSO, el proceso debe ultrapasar el simple objetivo de la paz jurídica, debiendo también ser direccionado a la búsqueda de la verdad y de la justicia, objetivos sólo alcanzados según él, mediante la colaboración entre las partes.

más abierto y ponderado³¹. El permiso concedido a los litigantes de pronunciarse e intervenir activamente en el proceso imposibilita, también, se sometan pasivamente a la definición jurídica o fáctica de la causa efectuada por el órgano judicial, y descarta, por otro lado, el tratamiento de la parte como simple “objeto” de pronunciamiento judicial, garantizando su derecho de actuar de manera crítica y constructiva sobre el ritmo del proceso y su resultado, desarrollando antes de la decisión la defensa de sus razones. El tema se vincula al propio respeto a la dignidad humana ya los valores intrínsecos de la democracia, obteniendo su mejor expresión y referencial, en el ámbito procesal, en el principio del contradictorio, comprendido de manera renovada, y cuya efectividad no significa sólo discusión de las cuestiones entre las partes, pero concreto ejercicio del derecho de defensa para fines de formación del convencimiento del juez, actuando, así, como protección a las lagunas o insuficiencia de su cognición.

Mismo la iniciativa del órgano judicial en el campo de los poderes instructorios debe ser sospechosa en un cuadro de dimensiones más amplias, de modo a permitir la adecuada formación del convencimiento del juzgador. Inadmisibles, por tales razones, se sometan los litigantes pura y simplemente al impulso del órgano judicante ya su anhelo en llegar a una correcta definición de la causa³², o se limite este a apáticamente recoger el resultado de la actuación de las partes. Al contrario del juez dictador, dueño de un proceso inquisitorio y autoritario o de un proceso totalmente dominado por las partes, como precaución al arbitrio estatal – a ejemplo del ocurrido en la Edad Media con el proceso romano-canónico, importa principalmente el ejercicio de la ciudadanía dentro del proceso, índice de la colaboración de las partes con el juez, igualmente activo, en la investigación de la verdad e de la justicia.

No se trata, pues, de superar la idea de KLEIN, e sí de darle otra forma mediante el necesario fortalecimiento de los poderes de las partes, dentro de una visión más contemporánea del problema³³. Y, realmente, en los cuadros de esa dirección,

³¹ “Es el diálogo que corrige continuamente la lógica y no la lógica que controla el diálogo”, así se pronuncia, después de discurrir las consideraciones reproducidas en el texto, A. ARNDT, *Die Verfassungsbeschwerde wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs*, págs. 1297 y sigs., 1301, *apud* NICOLÒ TROCKER, *Processo Civile e Costituzione (problemi di diritto tedesco e italiano)*, Milano, Giuffrè, 1974, págs. 644-645; para otras referencias bibliográficas, esp. pág. 645, nota 11.

³² Sobre el punto y las respectivas implicaciones con el principio del contradictorio, CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA, *O juiz no princípio do contraditório*, *Revista de Processo*, 73 (1994): 7-14.

³³ En el mismo sentido, aunque partiendo de premisas distintas, FRITZ BAUR, *Zeit- und Geistesströmungen*, cit. n° 2, págs. 138-140, con otras indicaciones bibliográficas.

parece haber hoy consenso cuanto a las líneas del apogeo del proceso posmoderno en ese comienzo del siglo XXI, desarrollándose para lo que se estipuló llamar de máxima de la cooperación (*Kooperationsmaxima*) arriba mencionada³⁴.

Puestas esas prefnisas, paso a investigar como se comportan, en el cuadro de una visión cooperativa del proceso, la apreciación del derecho, las cuestiones ligadas a la prueba de las alegaciones ya la apreciación de los hechos, bien como el límite formal representado por el principio dispositivo.

3. Exactamente porque la función judicial se encuentra profundamente ligada a la aplicación del derecho, se ha mantenido más o menos lineal en el curso de la historia la atribución concedida al órgano judicial de decir el derecho aplicable al caso llevado a su consideración. Se trata aquí de interés de carácter general, circunstancia a posibilitar al juez la investigación y aplicación de las reglas jurídicas adecuadas al caso sin ningún riesgo de parcialidad.

La solución tradicional, ya presente en el derecho romano, se expresaba en los principios *da mihi factum, daba tibi ius e iura navit curia*³⁵, en el sentido de que la parte debería 'suscitar el hecho jurídico del cual decurriera su derecho y el órgano judicial aplicaría el derecho a ese hecho. La máxima, por otro lado, costó a fijarse en los sistemas jurídicos occidentales, tomándose operante sólo en el siglo XIV, tanto que en la especulación medieval la cuestión de derecho no pertenecía al dominio de lo

³⁴ M.STORME, Informe cit, pág. 429, reproduce conocido pasaje del Lehbuch de ROSENBERG, 6 ed, 1956, pág 6 en la cual se enunciaba prácticamente la misma idea "Así la esencia del proceso civil moderno reside en una comunidad de trabajo (*Arbeitsgemeinschaft*) entre el juez y las partes, que unidos deben preocuparse en facilitar al primero, la segura obtención de la verdad y restablecer en un procedimiento vivo la paz jurídica entre las partes litigantes, asegurando de esa manera la paz de la comunidad"

³⁵ Conforme PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo I, Rio de Janeiro, Forense, 1974, pág. 81, aforismo de un mal latín (*iura*, en vez de *ius*), pero de gran enunciado. Desde el punto de vista histórico, resalta UGO ENRICO P. AOLI, *Studi sul processo attico*, con introducción de PIERO CALAMANDREI, Padova, Cedam, 1933, págs. 64-66, que en el proceso ateniense la leyera igualada a un instrumento de prueba, debiendo ser ignorada, si no probada. Vigoraba, así, el principio *iura non navit curia*, con excepción sólo de las leyes fundamentales o muy conocidas (v.g., sobre homicidio) y las reguladoras de los ritos de las audiencias, aplicables de oficio por el magistrado conductor del proceso. Aunque estuviera en juego la busca de una solución de equidad para la causa, permitiendo aun la alegación de leyes extranjeras, no se prescindía de su prueba para aclarar la situación de derecho, permitir la formación de un raciocinio abstracto sobre lo justo, o servir de apoyo a la equidad de la tesis sugerida por la parte.

correcto, pero de lo probable. Toda ciencia del derecho se reducía, entonces, a una ciencia de la prueba, y el propio derecho no existía independientemente de ella³⁶.

En el concepto tradicional, el principio *iura novit curia* no solamente impone al juez³⁷ conocer el derecho e investigarlo de oficio, caso no lo conozca, pero toma también el órgano judicial completamente independiente en su aplicación, desvinculándolo de los pedidos y alegaciones de las partes a respecto. Ni la aceptación de la existencia de determinada norma jurídica, ni la investigación de su sentido y contenido, ni la subsunción de los hechos introducidos en el proceso pueden ser impuestos por las partes al juez. De tal manera, cuanto a la posición de la norma jurídica el juez ha de atenerse estrictamente a la realidad (del orden jurídico): *"no puede colocar una norma que no haya, aunque afirmado por las partes, ni puede omitir una norma que haya, aunque ellas silencien a respecto. Este aspecto de su actividad se reduce, pues a un problema de conocimiento del orden jurídico"*³⁸.

Por otro lado, mismo estando los litigantes de acuerdo cuanto a la validez de determinado negocio, propuesta la demanda es lícito al órgano judicial, en el aspecto de su naturaleza jurídica, examinar aún contra la voluntad de los interesados si ocurrió violación a las buenas costumbres o a la buena fe o si sería usurario. Por eso, no vincula el juez un ajuste de las partes sobre el aspecto de carácter jurídico. Éste siempre podrá extraer del material fáctico constante del proceso las conclusiones jurídicas no aportadas por las partes³⁹.

³⁶ GIULIANI, *Il concetto di prova*, cit., págs. 232-233. En Portugal, conforme noticia ANTÓNIO M. HESPANHA, "notas del traductor", en JOHN GILISSEN, *Introdução à história do direito*, trad. de A. M. HESPANHA y L. M. MACAÍSTA MALHEIROS, Lisboa, Gulbenkian, 1988, pág. 720, el principio sólo se consolidó a partir del siglo XV, con limitaciones para los casos de privilegios y costumbres locales (Ord. Afonsinas, m, 58, 11-12; Ord. Manuclinas, m, 40, 9-10; Ordenações Filipinas, m, 53, 8-9), aunque PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo I, cit., pág. 81, afirme ser tradicional en el derecho lusobrasileño.

³⁷ Cf., por todos, LEO ROSENBERG, *Die Veränderung des rechtlichen Gesichtspunkts im Zivilprozeß*, in *Zeitschrift für Deutschen Zivilprozess*, 49 (1925): 38-73, esp. págs. 38-39. BAUR, *Vereinbarungen der Parteien über präjudizielle Rechtsverhältnisse im Zivilprozess*, in *Beiträge*, cit., págs. 151-161, esp. págs. 155-156, puesto sustente inicialmente dispensar el principio *iura novit curia* sólo la necesidad de ser probada la ley, afirma después constituir deber del juez investigar "la verdadera situación jurídica", resaltando con acierto que ésta deberá operarse dentro del cuadro litigioso formado entre las partes.

³⁸ Como bien pondera CARNELUTTI, *La prueba civil*, trad. de la 2a ed. italiana de NICETO ALCALA-ZAMORA y CASTILLO, Buenos Aires, Depalma, 1979, pág. 5, invocando POLLAK.

³⁹ Éste es el entendimiento tradicional de la doctrina alemana, expreso por WOLFGANG BERNHARDT, *Die Abklärung des Sachverhalts im Zivilprozessrecht - Festgabe zum siebenzigsten Geburtstag von Leo Rosenberg*, München, Beck, 1949, págs. 9-50, esp. pág. 18. Llama la atención, sin embargo que abordada la cuestión por el tribunal desde el punto de vista jurídico distinto de aquél suscitado por las partes, cumple en los términos de § 139 de la ZPO, informarlas a respecto evitando causar sorpresa; Si bien que el sistema jurídico brasileño no disponga de regla semejante, a meo parecer ése deber es inherente al propio principio del contradictorio,

Bastante relevante, también, se muestra la importancia de la libertad atribuida al juez en la aplicación del derecho, pues actúa como instrumento de gran valía para el equilibrio de las partes y garantía de la “paridad de armas”, en la medida en que la ignorancia del derecho, su desconocimiento o errónea interpretación pueden frustrar la tutela jurisdiccional⁴⁰.

Dentro de la visión cooperativista, antes resaltada, nada obstante a la libertad disfrutada por el órgano judicial en la valoración jurídica de la realidad externa al proceso, pueden y deben las partes aportar su cooperación a respecto. Investigación de esa especie de ninguna manera puede constituir, hoy, trabajo exclusivo del órgano judicial.

Se explica, por eso, la intervención del contumaz en el proceso, a pesar del reconocimiento ahí implicado de verdad de los hechos alegados por el autor (CPC, artículo 322, 28 parte). Y eso porque la contumacia se restringe a la materia de hecho, con abstracción de las cuestiones de derecho, en relación a las cuales se permite a la parte buscar persuadir el órgano juzgador. Del *ius* fomecido por los propios litigantes, y no solamente por el juez, trata expresamente el artículo 300 del CPC, determinando competir al reo, en la contestación, la alegación de toda la materia de defensa, “*exponiendo las razones de hecho y de derecho*”. En la misma línea, se admiten alegaciones de las partes sobre cuestiones de hecho y de derecho (v. g., artículo 454, § 3º, del CPC).

Entendimiento contrario significaría transformar al juez en una máquina, pues como ya se resaltó con intensidad, dentro de una concepción puramente silogística, el juez diría a las partes *date mihi factum* y las leyes *date mihi jus* y, recibidos tales elementos, emitiría la decisión con mecánica indiferencia, como un aparejo emisor de billetes a toda introducción de dos monedas⁴¹.

La expectativa del éxito final en la causa evidencia, en verdad el interés primordial de la parte en dar conocimiento al tribunal, consonante su interés, de la norma jurídica a ser aplicada: Lo mismo se pasa en relación al convencimiento del órgano judicial sobre la adecuación de la solución jurídica preconizada. Y eso porque puede

garantía asegurada en el artículo 5º, L V, de la Constitución Federal de 1988, como penso tener demostrado en el ensayo *O juiz e o princípio do contraditório*, cit., *passim*. Conforme FRIIZ BAUR, *Vereinbarungen der Parteien*, cit., pág. 156, pueden las partes vigorando el principio dispositivo, celebrar acuerdos sobre relaciones *perjudiciales* con carácter impositivo para el juez, rechazando con todo la posibilidad de vincularlo sobre materia probatoria o obligarlo a una determinada visión jurídica de los hechos. Ya CMOVENDA, *Principii*, cit., § 47, m, pág. 720, advertía no haber límites para la actividad jurídica del juez (*iura novit curia*), asegurando la imposibilidad de ser restringida por acuerdo de las partes.

⁴⁰ Cf. ROBERTO BERIZONCE, Informe argentino presentado en el IX Congreso Mundial de Derecho Judicial, pág. 14, *apud*, MARCEL STORME, *L'activisme*, cit., págs. 433-434 y nota 1.

⁴¹ GUIDO CALOGERO, *La logica del giudice e il suo controllo in cassazione*, Padova, Cedam, 1937, n° 37, págs. 108-109.

haber el riesgo, mismo tratándose de derecho nacional, riesgo ese intensificado por la complejidad de la vida moderna, del juez no “descubrir” la norma jurídica favorable al litigante, o de no interpretarla correctamente⁴².

En tal camino, la colaboración de las partes con el juicio encuentra su razón de ser en un proyecto más amplio, en la medida en que no se cuida sólo de investigar la norma aplicable al caso concreto, pero de establecer su contenido y alcance, no solamente evitando sorpresas pero también las consecuencias negativas de ahí transcurrientes para el ejercicio del derecho de defensa y de la tutela de otros valores, como la concentración y rapidez del proceso y la calidad del pronunciamiento judicial⁴³.

No se trata, sin embargo, de un ónus de la parte, pues sí, de la falta de enunciación de la regla jurídica, adecuada para la solución del caso, ni siempre decurre un perjuicio (generalmente hasta improbable, porque *iura novit curia*)⁴⁴.

Además, no es admisible que los litigantes sean sorprendidos por decisión que se apoye, en punto fundamental, en una visión jurídica por ellos no percibida. El tribunal debe, pues, dar conocimiento previo de cual dirección el derecho subjetivo corre riesgo, aprovechando sólo los hechos sobre los cuales las partes tengan tomado posición. De esa manera, las partes estarán mejor preparadas para defender su derecho e influir en la decisión judicial⁴⁵.

⁴² A respecto, las interesantes observaciones de FRITZ BAUR, *Da importancia da dicção Iura Novit Curia*, *Revista de Processo*, 3 (1976): 169-177. Nada obstante distintas ressalvas, BAUR así resume sus conclusiones a respecto del tema: a) la dicción *iura novit curia* no significa que la obligación de las partes de enunciar sus argumentos y el ónus material de la prueba estén siempre excluidos, en el concerniente a las normas jurídicas aplicables, teniendo en vista un litigio; b) la dicción *iura novit curia* no significa que el tribunal disponga del monopolio de la aplicación del derecho, pudiendo desconocer o despreciar las conclusiones de las partes teniendo en vista las normas jurídicas invocadas por los litigantes; c) la dicción *iura novit curia* no significa pertenecer al tribunal el derecho de hacer abstracción de la ley, en función de referencia hecha a los principios de equidad, menos apropiados a la solución del litigio.

⁴³ Cf., a respecto, NICOLÒ TROCKER, *Processo Civile*, cit., págs. 680-681.

⁴⁴ Sobre el punto aún no se pacificó la doctrina. Para BAUR, *Da importancia*, cit., pág. 171, hay una “obligación material” de la parte de enunciar sus argumentos. MICHELI veía ahí un poder, después pasó a considerarlo un poder ónus, o mismo una facultad (*apud* EDUARDO GRASSO, *La collaborazione nel processo civile*, in *Rivista di Diritto Processuale*, 21 (1966): 580-609), esp. págs. 605-606 y nota 52). GRASSO, a su vez (ob. e loc. cit.) parece vislumbrarlo como ónus, dentro de su perspectiva especial del principio de la colaboración. Según JAMES GOLDSCHMIDT, *Der Prozess als Rechtslage (Eine Kritik des prozessualen Denkens)*, reimpresión de la 2a ed. Aalen, Scientia Verlag, 1986, pág. 425, no son siquiera afirmaciones, ni objeto de un ónus formal de afirmación, pero de actos de obtención en sentido amplio y hasta participaciones de conocimiento.

⁴⁵ Cf. WOLFGANG GRUNSKY, *Grundlagen des Verfahrensrechts*, 2a ed., Bielefeld, Gieseking, 1974, § 25, m. págs. 232-234. También, en atención a esos conceptos, ampliamente pacificados en la doctrina y en la jurisprudencia de la entonces Alemania Federal, cuando de la reforma procesal de 1977 fue incorporado a su derecho positivo el § 278, II, de la Ordenanza Processual Civil (ZPO), a seguir reproducido en traducción libre: “El juez sólo puede apoyar su decisión

Dentro de la misma orientación, la libertad concedida al juzgador en la elección de la norma a aplicar, independientemente de su invocación por la parte interesada, consubstanciada en la máxima *iura novit curia*, no dispensa la previa oída de las partes sobre los nuevos caminos a ser impulsados al litigio, en homenaje, aún aquí, al principio del contradictorio⁴⁶. La hipótesis no es poco común porque son frecuentes los impedimentos enfrentados por el que aplica el derecho, ni siempre de fácil solución, dificultad generalmente agravada por la posición necesariamente parcializada del litigante, a contribuir para impedir una visión clara a respecto de los futuros caminos del proceso.

También la problemática no dice respecto sólo al interés de las partes, pero se conecta íntimamente con el propio interés público, en la medida que cualquier sorpresa, cualquier acontecimiento inesperado, sólo hace disminuir la fe del ciudadano en la administración de la justicia⁴⁷.

El diálogo judicial y la cooperación, arriba preconizada, se toman en el fondo, dentro de esa perspectiva, auténtica garantía de democratización del proceso, a impedir que el poder del órgano judicial y la aplicación de la regla *iura novit curia* redunden en instrumento de opresión y autoritarismo, sirviendo a veces a un mal explicado tecnicismo, con obstrucción a la efectiva y correcta aplicación del derecho ya la justicia del caso.

4. Más complicado y en constante modificación se revela el problema del papel a ser desempeñado por el juez en la investigación de los hechos y su apreciación, cuestión íntimamente vinculada a la división de trabajo entre el órgano judicial y las partes. La cuestión, por largo tiempo, fue tratada en conjunto y hasra confundida con el llamado principio dispositivo.

Ya son milenarios los conocidos aforismos "*da mihi factum, dabo tibi ius*" y "*quod non est in actis, non est in mundo*", a obligar el juez a sentenciar, como se expresaban los glosadores, "*secundum allegatla el probala*" y no "*secundum conscientiam*"⁴⁸. Tal concepción adviértase, nada tenía a ver con el problema del libre convencimiento del

en un aspecto jurídico considerado insignificante por la parte, o que le tenga pasado desapercibido, si le ha sido dado oportunidad de se manifestar a respecto, salvo cuando tratarse de una cuestión meramente accesorio." Adoptó la tesis el 2º Grupo Civil del Tribunal de Justicia de Río Grande do Sul, en la sentencia de la acción rescisoria 595132226, 10.5.1996, redactor para el juicio el Juez JOSÉ MARIA TESHEINER, con substancioso voto vista del Juez ARAKEN DE ASSIS, *Revista Forense*, 338 (abril, mayo, junio/1997):301-309.

⁴⁶ Véase, aún aquí, GRASSO, *La collaborazione nel processo civile*, cit., pág. 605. Sobre el tema, con otras indicaciones bibliográficas, CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA, *O juiz e o princípio do contraditório*, cit., págs. 10-12.

⁴⁷ Cf. la certera ponderación de NICOLÒ TROCKER, *Processo Civile*, cit., pág. 669.

⁴⁸ Cf. WETZELL, *Systém*, cit., § 43, págs. 520-523, con amplio examen de la doctrina de los glosadores.

juez, pero con la "ciencia privada" de los hechos por el magistrado, tanto que el principio contrapuesto obligaba a él que juzgara sólo "*secundum allegata et probata*"⁴⁹.

La aplicación extremada de esta concepción de la división del trabajo entre los sujetos procesales impone no solamente la inadmisibilidad del conocimiento o de la ciencia privada del juez cuanto al hecho, como también sea considerado tan sólo el hecho alegado por las partes y por ellas probado, con los medios que requirieren.

El derecho procesal moderno, sin embargo, viene constantemente evolucionando en el sentido del ablandamiento de la última restricción, de modo a liberar el juez de esas cadenas formalísticas atribuyéndole poderes intensificados para la investigación probatoria, facultándole de consiguiente mejor conocimiento de los hechos, punto importante en la formación de su convicción. Dentro de esa nueva perspectiva, propuesta a la demanda y delimitados sus contornos esenciales, constituye deber del juez controlar lo rápido, regular y leal, desarrollo del proceso, asumiendo incluso los medios probatorios, dentro es claro de los límites fácticos extremados por la parte actora para la causa⁵⁰.

En ese terreno, cumple señalar, además de la mencionada reforma de FRANZ KLEIN en Austria, en fines del siglo XIX, otra más antigua y bien menos comentada, idealizada por BELLOT.

Al elaborar el proyecto del *Code de Procédure Civile* del cantón de Ginebra, ley sancionada en 29 de septiembre de 1819, ese jurista tuvo la gloria de la primacía de sacar el juez de la posición pasiva en la investigación de los hechos de la causa, que hasta entonces ocupaba. BELLOT era movido no por la preocupación con la tardanza del proceso, como sucediera con el legislador prusiano, pero sobre todo por el deseo de estimular la búsqueda y la investigación de la verdad material. Emblemático, en este sentido, el artículo 150 del *Code* facultando al juez, si la causa estuviera aún sin condiciones de ser juzgada en el mérito, determinar de oficio por "*ordonnance préparatoire*" el interrogatorio de las partes o de una de ellas, juramento, oída de testigos, pericias, examen de documentos y inspecciones, o cualquier otro acto procesal probatorio

⁴⁹ A respecto, la profunda investigación de KNUT WOLFGANG NORR, *Zur Stellung des Richters in gelehrten Prozess der Frühzeit: Index secundum allegata non secundum conscientiam indicat*, München, Beck, 1967, págs. 11 y sigs., 102 y sigs., *passim*.

⁵⁰ Aunque no quepa, en esta sede, un examen completo del tema, merecen ser mencionadas las llamadas "providencias para mejor proveer", instituto tradicional del derecho español, recepcionado en todos los códigos de los países de América española, a atribuir iniciativa probatoria al juez. Señalan, sin embargo, ADOLFO GELSI BmART, LUIS TORELLO y ENRIQUE VESCOVI, *Exposición de Motivos del Antiproyecto de Código Procesal Civil, Modelo para Iberoamérica*, en *Códigos Procesal Civil y Procesal Penal, Modelos para Iberoamérica*, cit., pág. 46, que "*Las diligencias para mejor proveer, de uso excepcional, son miradas con desconfianza por las partes y los propios juzgadores dentro del régimen procesal en el cual las pruebas son iniciativa del actor y demandado.*"

previsto en ley, en materia no aclarada de modo suficiente después de realizada la instrucción, cuando necesario a la investigación de la verdad.⁵¹,

La elaboración dogmática más reciente busca establecer las bases doctrinarias para esa intervención del órgano judicial en el plano fáctico y en la elaboración de la prueba. Imporrante, para ese fin, se presenta la constatación de que el proceso, aunque predestinado a la tutela jurisdiccional de los derechos, se arma de exigencias propias, imponiendo a sus participantes adaptación a su mecanismo interno, ordenador de sus actividades.

Ocorre de ahí la necesidad de distinguir, sin embargo la recíproca influencia entre unas y otras, entre normas, poderes, deberes, facultades y sobre todo actos referentes al pedido de tutela jurisdiccional, y normas, poderes, deberes, facultades y actos correspondientes a la técnica ya la estructura interna del procedimiento. Cuando del afortamiento de la acción, la parte *dispone* de su interés material (afirmado *in status assertionis*) y, por consecuencia, del poder de pedir la tutela jurisdiccional. Ya dentro del proceso, se toman las iniciativas, especialmente de contenido probatorio, a la vista de la *técnica* propia del instrumento procesal, en la medida de su adecuación con la finalidad deseada⁵²

Sin embargo, de ningún modo pueden ser confundidos el momento inicial, consistente en la alegación de los hechos jurídicos, que dan sustrato a la pretensión *sub iudice*, con el momento posterior, interno al proceso, concerniente a las demostraciones de cuño probatorio. El primero, cumple aclarar, no se agota tan sólo en una declaración de carácter informativo, pero en una *declaración de voluntad*, que establece el elemento esencial del derecho o del contraderecho —el elemento constitutivo causal—, con el cual la parte actúa o se opone al actuar de otra persona, vinculando el juez y forzándolo a ejercer su oficio. Instaurado sin embargo el proceso, *su manera, ritmo e impulso* escapan a la disponibilidad de las partes, elementos que deben ser disciplinados por normas legales cogentes, no siendo despreciable sin embargo pueda el juez en ciertas hipótesis llevar en consideración las exigencias concretas del caso. De

⁵¹ Cf. TROLLER, *Formalismus*, cit., § 5,1, pág. 47. Reza el mencionado artículo 150: "Dans les causes ou le fond ne sera pas en état d'être jugé de suite (article 101), les juges pourront ordonner ré-aratoirement l'interrogatoire des parties, ou de l'une d'elles (tit.XIII), leur serment (tit. XIV), l'audition de témoins (tit. XV), l'avis d'experts (tit. XVI), la vue des lieux (tit. XVII), la vérification d'écritures (tit. XVIII), ou tout autre opération préliminaire, si ces diverses procédures probatoires sont utiles a la découverte de la vérité, et autorisées par la loi" (apud *Exposition de Motives a Loi de la Procédure Civile du Canton de Genève*, con informe de BELLOT e introducción de Taillandier, Rennes, Blin, 1837, pág.223).

⁵² 50 Respecto a la distinción señalada en el texto, la relevante contribución de TITO CARNACINI, *Tutela Giurisdizionale e Tecnica del Processo*, in *Studi in Onore di E. Resenti*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1951, págs. 695- 772. Aún sobre la cuestión, las consideraciones críticas de CAPPELLETTI, *La Testimonianza della Parte nel Sistema dell'oralità (contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile)*, 2a. ed., Milano, Giuffrè, 1974, vol. I, págs. 312 y sigs.

ahí, el equívoco de ponerse en el mismo plan a las iniciativas del juez en tema de *prueba* ("operantes sólo en el plan de la *"formel le Prozessleitung"*) y las que inciden por su vez sobre las *alegaciones*, que conciernen efectivamente al plan de la "materia" o sea al "objeto" del proceso⁵³.

En realidad, la confusión impediría la necesaria distinción entre los planes del derecho material y del procesal. En el primero, la facultad de iniciar la demanda y fijar su contenido es dejada al exclusivo arbitrio de los sujetos del derecho, cualquiera que sea la naturaleza de la pretensión material. Al órgano judicial no se otorga poder para hacer cesar la demanda o modificar el pedido o la causa de pedir, por eso tal actividad comprometería irremediablemente la imparcialidad propia de su oficio. En el segundo, vinculado de modo inextricable al propio ejercicio de la función jurisdiccional, el interés público exige proferida la decisión sólo cuando formada la convicción del juez, asentada ésta lo más posible en la verdad de los hechos, porque en ejercicio de tarea propia de su oficio, debiendo el legislador establecer como se procesará tal investigación, disciplinando del mismo modo los poderes instructorios del juez.

Las consideraciones hasta ahora desarrolladas se muestran suficientes, desde mi punto de vista, para evidenciar el no comprometimiento de la parcialidad del magistrado con la asunción de los medios probatorios, desvío ése que, además, podrá ser perfectamente controlado por lo contradictorio, deber de motivación y posibilidad de reexamen de la decisión en segundo grado de jurisdicción.

Todo, por consiguiente, recomienda la quiebra del monopolio de las partes en la instrucción de la causa, mismo tratándose de intereses puramente privados, pues no hay por que alterar la estructura del proceso en función de la naturaleza disponible o indisponible del derecho litigioso⁵⁴. Insustentable continuarse tolerando el juez inerte, con los brazos cruzados, y que encaraba el proceso como cosa exclusiva de las partes⁵⁵.

⁵³ CAPPELLETTI, La testimonianza, cit. vol. I, págs. 318 y sigs. Idem, Iniziative probatorie del giudice e basi pregiudiziche della struttura del processo, *Processo e ideologie*, cit., págs. 143-168, esp. págs. 152-153, 155 y 157, nota 25.

⁵⁴ Destaca correctamente JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, *Poderes Instrutórios do Juiz*, 28. Ed., ver. y ampliada, São Paulo, RT, 1994, pág. 95, *passim*, que "(...) el problema aquí no es de disponibilidad o indisponibilidad del interés, pero de un instrumento con que el Estado aplica la norma al caso concreto, atendiendo, con eso, a un interés suyo", con lo que, concediéndose poderes instructorios al juez, se subtrae de la parte el poder de dirección formal del proceso, pasando ella a condición de colaboradora del órgano judicial. En esa obra, por varios títulos admirable, el autor, poseído con bibliografía de la mejor calidad, examina profundamente la cuestión. Antes, BARROSA MOREIRA, *A garantia do contraditório na atividade de instrução*, in: *Temas de Direito Processual Civil* (3ª serie), São Paulo, Saraiva, 1984, págs. 65-77, esp. págs. 74-76, y *O problema da divisão do trabalho entre juiz e partes*, cit., pág. 38.

⁵⁵ Según los artículos 130 y 342 del CPC, no sólo puede el juez determinar de oficio las pruebas necesarias y denegar las diligencias inútiles o meramente prerrogatorias como también el

En la visión cooperativista defendida en este ensayo, cumple señalar, sin embargo, que sin la colaboración del abogado mismo el juez más competente no estará enteramente habilitado a conducir un proceso complicado desde el punto de vista práctico. Aún con la mejor buena voluntad, le faltará tiempo y el mismo interés de los representantes de las partes para clasificar el material por éstas traído, procesarlo y formarlo con independencia⁵⁶. De tal suerte, aunque lícito al órgano judicial actuar *sponte sua* con vistas a corregir los hechos inverosímilmente expuestos o suplir huecos en la materia de hecho, la iniciativa de las partes puede exhibir valor inestimable y merece ser estimulada de modo a posibilitar la más rápida y segura verificación del material probatorio. Vuelta al escenario, así, la necesidad de cooperación tantas veces mencionada: la actividad probatoria habrá de ser ejercida por el magistrado, no en sustitución de las partes, pero juntamente con ellas, como uno de los sujetos interesados en el resultado del proceso⁵⁷. Claro está, sin embargo la total diversidad de intereses entre el órgano judicial y las partes. El proceso civil no actúa en el interés de ninguna de las partes, pero sí por medio del interés de ambas. El interés de las partes no es sino un medio, un estímulo, para que el Estado, representado por el juez, intervenga y conceda razón a quien efectivamente la tenga, concomitantemente satisfaciendo el interés público en la actuación de la ley para la justa composición de los conflictos⁵⁸.

Se contrapone que si el juez determina, de oficio, con absoluta libertad, el tipo de prueba a ser producida y lo hace en el momento procesal que le convenir estará jugando por tierra toda la posibilidad de apreciación de los hechos bajo el prisma de la dirección dada por la carga de la prueba (o hacerse cargo de las consecuencias de

comparecimiento personal de las partes, a fin de interrogarlas sobre los hechos de la causa. En la práctica judicial brasileña y de otros países, sin embargo, consonante observa BARROSA MOREIRA, *Sobre a "participação" do juiz no processo civil*, in *Participação e Processo*, coord. de ADA PELLEGRINI GRINOVER, CANDIDO RANGEL DINAMARCO y KAZUO WATANABE, sao Paulo, RT, 1988, págs. 380-394, esp. pág. 384 y respectiva nota 4, se verifica escasez de iniciativas instructorias oficiales, aún cuando manifiesta la conveniencia de aclarar cuestiones de hechos relevantes en que se muestran insuficientes los elementos de prueba traídos por las partes.

⁵⁶ Cf. LEUCH, *apud* TROLLER, *Formalismus*, cit., § 5, pág. 76.

⁵⁷ Cf. la síntesis feliz de BEDAQUE, *Poderes instrutórios*, cit., pág. 110. En realidad, esa posición no está muy lejos de aquella asumida por VICENTE MIRANDA, *Poderes do juiz no processo civil brasileiro*, sao Paulo, Saraiva, 1993, págs. 217-218, pues aunque sostiene éste la imposibilidad del magistrado sustituir la actividad de las partes en el campo probatorio, admite la actividad probatoria oficial cuanto haya imposibilidad de formación de la convicción del juez cuanto a los hechos de la causa y en materia de orden público. El punto de discordancia incide en el carácter imputado a la actividad probatoria del juez, no condicente totalmente con la visión cooperativista sostenida en el texto y también en la obra de BEDAQUE.

⁵⁸ Cf. EMILIO BEITI, *Diritto Processuale Civile italiano*, 2ª ed., Roma, Foro Italiano, 1936, § 1.2, pág. 5, señalando con total pertinencia que "Lo scopo di ciascuna delle parti e di aver ragione; la finalita del processo, invece, e di dar ragione a chi l'ha effettivamente."

opción por no producirla) o podrá con bastante frecuencia desacatar la ocurrencia de preclusión⁵⁹. La asertiva desconoce, sin embargo, por un lado, el verdadero sentido del dogma de la carga de la prueba, destinado como regla de juicio a permitir la solución de la controversia solamente cuando no suficientemente probados los hechos, hipótesis posible hasta en proceso de corte exclusivamente inquisitivo⁶⁰, y tropieza, por otro, con el entendimiento generalizado en el sentido de inexistencia de preclusión tocante a la iniciativa judicial *ex officio* para la realización de la prueba, cuya única finalidad debe consistir en mejor formar la convicción del órgano juzgador, materia de orden público concerniente a la propia actividad jurisdiccional⁶¹. Sin embargo, si los medios probatorios son empleados sin éxito, se impone la aplicación de la regla de juicio que es y al mismo tiempo freno contra el espíritu de litigiosidad de las partes⁶².

La verdad es que, frente a la tomada de conciencia cuanto al inafastable carácter dialéctico del proceso, se cambió de forma significativa el alcance del antiguo axioma *da mihi factum, dabo tibi ius*.

Antes de nada, se presenta algo arbitrario valorar abstractamente la disquisición o el juicio sobre el hecho, como se totalmente divorciados del juicio de derecho. No solamente se exhibe artificial la distinción entre hecho y derecho -porque en el litigio hecho y derecho se interpenetran-, pero pierde fuerza sobre todo en el tema ora en

⁵⁹ Así, MÓNICA SEITE LOPES, *O juiz e o domínio jurídico do fato*, Revista *Amagis*, 18 (1988): 149-158, esp. pág. 155.

⁶⁰ La materia fue objeto de la magistral tesis de GIAN ANTONIO MICHELI, *La carga de la prueba*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Ejea, 1961, n° 39 a 49, págs. 247-305, *passim*, en que no sólo se establece el verdadero concepto de la carga de la prueba, como también que *"el dogma de la carga de la prueba debe ser formulado como doctrina de la decisión sobre el hecho, fenómeno éste de alcance general y que puede verificarse lógicamente aun en aquellos procesos en que el juez está provisto de amplísimos poderes instructorios"* (ob. cit., pág. 171). Extensamente sobre el punto, BEDAQUE, *Poderes instructorios*, cit., págs. 84-91.

⁶¹ MANOEL CAETANO FERREIRA FILHO, *A preclusão no direito processual civil*, Curitiba, Juruá, 1991, págs. 91-92, argumenta con razón que, además del juez no estar sujeto a la preclusión temporal, el artículo 130 no le establece ningún plazo. Sin embargo aunque admita que el poder de iniciativa probatoria incluye el de determinar la producción de prueba ya denegada, sostiene correctamente que, si la parte ejerció regularmente la facultad y tuvo su pedido acatado, a la posterior denegación de la prueba implicaría agravio al derecho de probar, garantizado constitucionalmente.

⁶² Cf. ALESSANDRO GIULIANI, *Il concetto di prova*, cit., pág. 107, añadiendo que no fue casual que tal principio tenga sido puesto en evidencia en la era moderna, cuando se viene afirmando la concepción moderna de la prueba, unida a una idea objetiva de lo probable y de lo normal. MICHELI, *La carga de la prueba*, cit., n° 29, págs. 188-189, observa que las reglas probatorias, en la medida en que desarrollan sus efectos esencialmente en la declaración procesal de la certeza del hecho, delimitan los poderes del juez y de las partes.

examen, en virtud de la necesidad del hecho en la construcción del derecho y de la correlativa indispensabilidad de la regla jurídica para determinar el relieve del hecho⁶³

Además, se muestra evidente la relatividad de la primera parte del aforismo. La indicación del material fáctico de la causa dejó de constituir tarea exclusiva de las partes. Ciertamente, deben ellas contribuir con los hechos esenciales, constitutivos de la *causa petendi*, como arriba se señaló. No es recomendable, sin embargo, prohibir la apreciación de los hechos secundarios por el juez, de los cuales podrá, directa o indirectamente, extraer la existencia o modo de ser del hecho principal, sea porque consten de los autos, por ser notorios, o pertenecieran a la experiencia común⁶⁴. Conveniente, aún, sea procesada la apreciación de los hechos principales por iniciativa exclusiva del órgano judicial cuando se refieran: a) la situación de derecho público o de orden público (así, v.g., la materia concerniente a los presupuestos procesales ya las llamadas condiciones de la acción); b) a hechos jurídicos extintivos e impeditivos, incompatibles con la pretensión ejercida (v. g., paga, confusión etc.), salvo si representativos de verdadera excepción en sentido sustancial⁶⁵, y esto sin hablar de los hechos constitutivos, modificativos o extintivos del derecho, capaces de influir en

⁶³ Así también MARCEL STORME, L. *activisme du juge*, cit., pág. 430, señalando aún estar sobrepasada la distinción entre hecho y derecho, especialmente en el concerniente a la división del trabajo entre el órgano judicial y las partes, inspirada en el viejo aforismo "*tu mihi factum, dabo tibi ius*". Entre nosotros, ARRUDA ALVIM, *Código de Processo Civil Comentado*, vol. V, sao Paulo, RT, 1979, pág. 267, reportándose a la obra de CASTANHEIRA NEVES, considera indiscutible tendencia contemporánea la inviabilidad de la distinción, por lo menos desde el punto de vista ontológico o intrínseco del problema entre *hecho* y *derecho*, a la luz de las repercusiones en el orden jurídico. HORST-EBERHARD HENKE, *Die Tatfrage - Der unbestimmte Begriff im Zivilrecht und seine Reversibilität*, Berlin, Duncker & Humblot, 1966 *Poderes instrutórios*, cit., págs. 84-91. § 5,1, págs. 139-142, se inclina en el sentido de una imperiosa separación lógico-conceptual entre "cuestión de hecho" y "cuestión de derecho", pero su perspectiva es diversa, visando más al juicio de casación.

⁶⁴ Importante señalar que en el derecho brasileño, como ocurre en el artículo 131 del CPC, el órgano judicial apreciará libremente la prueba, atendiendo a los hechos y circunstancias constantes de los autos; "*quando não alegados por as partes*", con el que el legislador manifiestamente tomó partido por la posibilidad del juez hasta de oficio, llevar en consideración hechos secundarios. La doctrina de modo general conceprúa como hechos secundarios aquellos susceptibles de tener en juicio alguna relevancia, no como hechos constitutivos, extintivos o impeditivos de la relación o del estado de *quo agitur* (hechos "principales" o "jurídicos"), pero hechos de los cuales, directa o indirectamente, pueda deducirse la existencia o inexistencia o el modo de ser de los hechos jurídicos.

⁶⁵ MAURO CAPPELLETTI, *La testimonianza*, cit., vol I, págs. 343-350. Aún con respecto al punto, ANTONIO JANYR DALL' AGNOL JÚNIOR, *O princípio dispositivo no pensamento de Mauro Cappelletti*, in *Ajuris*, 46 (1989): 97-115. En el mismo sentido la doctrina francesa, a ejemplo de HENRY MOTULSKY, *Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégations des faits*, en *Études et notes de procédure civile*, Paris, Dalloz, 1973, págs. 38-57, a poner temperamentos al principio de que el juez deba basar su decisión exclusivamente en los hechos regularmente introducidos por las partes.

el juicio del litigio, pasibles de consideración por el juez hasta de oficio en el momento de proferir la sentencia⁶⁶.

5. Otro punto extremadamente sensible concerniente a los poderes del juez se une a la valoración del material fáctico recogido para prueba de las alegaciones de las partes, materia que en el curso de la historia ha sido objeto de regulación ora más ora menos rigurosa, de molde a restringir o facilitar la libertad del órgano judicial en el desempeño de tal tarea, en consonancia casi siempre con la confianza en él depositada y los valores imperante en la época⁶⁷.

En su modelo ideal más acabado el sistema de la prueba legal significa la minuciosa determinación de los criterios de apreciación de la prueba ya la vez limitación o exclusión *a priori* de determinadas pruebas, la que se sub trae crédito formal ante el magistrado, con vistas a restringir al máximo la libertad judicial⁶⁸.

En los ordenamientos más remotos, a ejemplo del antiguo proceso germánico, el sistema de la prueba legal reflejaba un enraizado sentimiento de superstición mística, incumbiendo al juez la exclusiva función de controlar con su presencia la regularidad de las pruebas, de modo a garantizar acatamiento al resultado alcanzado por medio de la autoridad propia de su oficio. Ninguna relevancia exhibía entonces la convicción judicial, pues era creencia general de que la propia divinidad decidía sobre justicia e injusticia en la prueba de la cruz⁶⁹.

⁶⁶ Alberga esa solución el artículo 462 del CPC.

⁶⁷ LOPES DA COSTA, *Direito Processual Civil Brasileiro*, 2a ed., Rio de Janeiro, Forense, 1959, tomo m, n° 240, pág. 240, critica por no ser apropiada la expresión "libre convicción" recomendando en su lugar "libre apreciación de la prueba". A su vez, la contraposición entre convicción libre y convicción forzada refleja un contrasentido. Fuerza es convenir, pero, que convicción libre del juez sólo podrá existir si hay libre apreciación de la prueba.

⁶⁸ Aunque la libre apreciación de la prueba facultada en el artículo 131 del CPC, el sistema jurídico brasileño contiene inúmeras normas de exclusión o limitación de la prueba, a ejemplo de los artículos 302, 319, 334, IV, 343 y respectivos párrafos, 359, 364, 366, 368, 370, 2a parte, 373, 376, 378, 379, 401, 406 y respectivos párrafos, todos del CPC. Otro ejemplo es la inadmisibilidad, en el proceso civil o penal, de la prueba obtenida por medios ilícitos, determinanda por el artículo 5°, inciso I VI, de la Constitución Federal.

⁶⁹ Cf. sobre el punto HEINRICH BRUNNER, *Historia del Derecho Germánico*, 8a ed. actualizada por CLAUDIUS VON SCHWERRIN, trad. española de JOSÉ LUIZ ÁLVAREZ LÁPEZ, Barcelona, Labor, 1936, § 9, págs. 24-28. Más específicamente sobre la prueba en el antiguo derecho alemán, JULIUS WILHELM PLANCK, *Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts*, vol. II, München, Beck, 1896, § 106, I, A, págs. 155-157. Como señala cmoVENDA, *Istituzioni Civilie*, 38 ed., Napoli, Jovene, 1947, vol. I, n° 32, pág. 32, en el antiguo proceso germánico la solución de la controversia dependía no de la convicción del juez, "pero en especial del resultado de solennes experimentos, en los cuales el pueblo veía la manifestación de un ente superior e imparcial, la divinidad. Se concede así al proceso ya la prueba un aspecto sumamente formal". Bien de ver, sin embargo, consonante TROLLER, *Formalismus*, cit., § 5.1, pág. 33, que en ese proceso el juez desempeñaba papel totalmente distinto del juez actual, cabiéndole sólo conducir la audiencia, ejercida exclusivamente por los "escabinos" la función fundamental de aplicación del derecho.

Significativamente, por más de quinientos años la praxis de los procesos italianos observó y conservó principios esencialmente peculiares al antiguo proceso germánico⁷⁰.

La evolución histórica volvió a atribuir al juez, a partir del siglo XII, con la introducción del llamado proceso romano-canónico o común, cierta función valorativa, limitando sin embargo su libertad de juicio, observación y crítica personal⁷¹. Semejante formalismo fue fuertemente influido por la fragmentación del Estado y la debilidad de la idea de jurisdicción como función estatal, pulverizada entre diversos procesos (populares, regios, imperiales, feudales, eclesiásticos, comunales)⁷², sin hablar en la necesidad de obtener el juez la adhesión social del grupo que representa⁷³.

Papel importante debe ser tributado, aún, al hábito escolástico de pensar y argumentar imperante entre juristas, filósofos y naturalistas: el amor de las distinciones sutiles y, sobre todo, la tendencia de razonar por medio de deducciones de principios preestablecidos, en detrimento de la observación de los hechos, debería necesariamente favorecer la construcción de sistema probatorio totalmente apriorístico y formal, como el de las pruebas "legales"⁷⁴. De esa forma, se buscaba restringir el libre ejercicio

⁷⁰ CHIOVENDA, Institución, cit, vol I, n. 32, pág. 116.

⁷¹ En Portugal, las Ordenaciones (Manuelinas, Liv. III, tit. LXXXV; Filipinas, Liv. III, tit. (LII)) recepcionan el sistema del valor tarifado de las pruebas. Con base en las referencias en ellas realizadas se insinuó toda la correspondiente teoría del derecho común, estableciéndose un régimen casi aritmético de valoración de la prueba. El documento escrito obtiene una definitiva predominancia sobre la prueba testimonial. Un residuo de los antiguos juramentos liti-decisorios es constituido por el "juramento deferido" o "referido" (Ordenaciones Filipinas, m, 59, 6-7), los indicios y presunciones son admitidos mismo en materia penal (Ordenaciones Filipinas, V, 25, § fin.; V, 48,2; V, 135). Cf. el resumen de ANTÓNIO M. HESPANHA, "notas del traductor", en JOHN GILISSEN, *Introdução Histórica ao Direito*, cit., págs. 720-721. ENRICO TULLIO LIEBMAN, en sus notas a la edición brasileña de las Instituciones de CHIOVENDA, vol. I, n° 32, nota 2, págs. 144-145, observa que el proceso común en Portugal no era sino una variedad del proceso europeo, aunque conservara forma propia. Registra también la relativa petificación de la codificación ibérica, ajena a las transformaciones de la Revolución francesa, con reflejo en la legislación procesal brasileña del siglo pasado y en los Códigos estaduales.

⁷² CHIOVENDA, Institución, cit, vol I, n 32, pág. 120.

⁷³ Este aspecto social de la prueba legal es correctamente señalado por HENRI LÉVY-BRUHL, *La preuve judiciaire (Étude de sociologjuridique)*, París, Riviere, 1964, págs. 23-24, a entrever ahí radical distinción en relación a la prueba científica.

⁷⁴ CHIOVENDA, *Libezioni*, cit., vol. I, n° 32, pág. 123. Para CAPPELLETTI, *Ideologie nel diritto processuale*, in *Processo e ideologie*, cit., págs. 8-10, el sistema de la prueba libre es sólo el reflejo, en la esfera procesal, del triunfo del método de la observación directa de los datos concretos de la realidad sobre el viejo método del apriorismo abstracto, mecánico y formal, aunque antes tenga señalado otras razones históricas, lógicas e ideológicas para la superación del viejo método de la prueba legal (ob. cit., págs. 6-7). MICHELE TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici (nozioni generali)*, in *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, diretto da CICU, MESSINEO y MENGONI, vol. m, t.II, sez. 1, Milano, Giuffrè, 1992, págs. 362-363, señala la importancia de que no la ley escrita pero la *opinio doctorum* tenga constituido la fuente primaria y esencial del fenómeno de la prueba legal, producto típico y hasta exclusivo de una cultura jurídica formalística, analítica

de la función judicial frente a la doctrina escolástica de la imperfección del hombre y de su naturaleza corrupta, así como de la real periclitación de la honradez y de la independencia jurisdiccional en los embates políticos y económicos de aquellos tiempos⁷⁵.

En retrospectiva histórica, imposible negar el gran perfeccionamiento en la administración de la justicia conquistado con la adopción del nuevo sistema de apreciación de la prueba, especialmente frente al proceso primitivo germánico, repleto de arbitrariedad y perjuicio, por largamente contribuir para sustituir la superstición por el formalismo riguroso⁷⁶ y permitir el control formal del procedimiento. En el lugar de la fuerza y del acaso, del duelo y de los juicios de dios, pasan a ser considerados elementos bien más racionales y humanos⁷⁷. Mismo el rigor formal, señalese, encontraba plena justificativa en las condiciones culturales y socio-económicas entonces dominantes. Imperioso reconocer, del mismo modo, que, en sociedad de tal manera estructurada, la fijación de ciertas normas de valoración numérica y formal de las pruebas, aunque representara, de un lado, una especie de codificación de las desigualdades y de determinados perjuicios y supersticiones, por otro también exprimía una forma de barrera contra los excesos, todavía peores, que podrían ocurrir del arbitrio de los jueces y al mismo tiempo contra la decadencia de las costumbres judiciales de la época⁷⁸.

Este cuadro sólo vendría a alterarse con la cultura del iluminismo y la renovación del método científico, a incentivar más acurada observación de los hechos y así libre investigación del órgano judicial, factor acompañado de la progresiva superación del feudalismo y consecuente restauración de la idea de Estado, con reflejo inmediato en la concepción moderna del proceso como relación del derecho público, a incrementar la dimensión del oficio judicial.

y categórica, aficcionada a las sutilezas y de las complicaciones clasificadoras, y en cierta medida mucho menor, fenómeno legislativo. Afirma aún, ob. cit., pág. 363, nota 186, que en los siglos XVI y XVII el aristotelismo tomismo deja de proporcionar los instrumentos de análisis, pasando la racionalidad humanística a informar la obra de los juristas, especialmente de aquellos pertenecientes a la escuela culta o por ella influidos, contribuyendo para el total abandono de los viejos métodos.

⁷⁵ Cf. TROLLER, *Formalismo*, cit., § 5.1, pág. 34.

⁷⁶ Cf. FURNO, *Teoría de la Prueba legal*, trad. de Sergio Gonzalez Collado, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1954, pág. 146-148. Según dice, las mismas formas, revestidas por la fantasía popular de un significado simbólico, se vacía más tarde de todo contenido trascendente para el derecho, sobreviviendo con valor autónomo y llevando al paradojal establecimiento de "tablas" para la apreciación de la prueba, así como al exceso de formalismo.

⁷⁷ CAPPELLETTI, *Il processo civile italiano nel quadro della contrapposizione "civil law common law"* (Appunti storico-comparativi), *Processo e ideologie*, cit., págs. 287-338, esp. págs. 306-309.

⁷⁸ Así, MAURO CAPPELLETTI, *Ideologie nel diritto processuale*, cit., pág. 7. La referencia a la decadencia de las costumbres judiciales y respectiva garantía se encuentra en el ensayo de CAPPELLETTI, *Il processo civile italiano nel quadro della contrapposizione "civil law-common law"*, cit., págs. 310-311 y nota 65, con otras indicaciones bibliográficas.

Esa línea ascendiente ganó gran incentivo con la revolución francesa, aniquiladora del viejo orden, notadamente del carácter patrimonial y corrupto de la jurisdicción. Con eso se abrió espacio al futuro *Code de Procédure Civile* de 1806, de naturaleza clara y sencilla, caudatario de la oralidad y de la publicidad, del principio de la soberanía del juez y de la agilidad de las formas, determinante por esas razones de enérgica reacción contra el proceso común en casi todos los estados europeos⁷⁹.

Cumple, sin embargo, advertir que el sistema francés, mismo en su culminancia, no llegó a implantar plenamente el principio de la libre apreciación de la prueba. Solamente discusiones doctrinarias posteriores, trabadas en la ocasión propicia de la elaboración de los ordenamientos procesales civiles de Alemania y de Austria, en vigor respectivamente en 1879 y 1898, en los cuales se introdució la idea fundamental de oralidad, con todas sus consecuencias (concentración, inmediatez, inmutabilidad del juez, libre apreciación de la prueba), conducirían a la definitiva superación del modelo del proceso común, de carácter escrito, diluido en innumerables términos, fragmentado en múltiples pronunciamientos parciales y respectivas posibilidades de impugnación, enemigo jurado del contacto directo del juez con las partes y las pruebas⁸⁰.

Además, en el pasaje del derecho común a las codificaciones, el sistema de la prueba legal, más allá de perder las características del fenómeno cultural y doctrinario, ganando forma normativa, sufre poderosa simplificación dejando de ser "sistema" para comprender sólo algunos medios de prueba, con lo que adquiere fuerza el principio general del "libre convencimiento"⁸¹.

Aspecto significativo, que en gran medida colabora para mejor entender el pasaje del sistema de la prueba legal doctrinaria para la "codificada", reside en la diferencia de la apreciación realizada por el órgano judicial. Si en el derecho común el sistema de la prueba legal eliminaba la discrecionalidad subjetiva del juez en la atribución de valor a los elementos singulares de prueba, en compensación la estructura del cálculo por él efectuado correspondía a la estructura de la situación probatoria específica, generalmente cercana a la situación procesal verificada en el caso concreto. Fenómeno semejante, pero, no ocurrió con la prueba legal "codificada" o con su mayor o menor residuo en los Códigos que pasaron a surgir. Ciertamente, se empieza a desconocer las distinciones analíticas y complicadas entre tipos y subtipos, así como

⁷⁹ Cf. el resumen de CAPPELLETTI, *Il processo civile italiano nel quadro della contrapposizione "civil law - common law"*, cit., n° 6, págs. 316-317, donde se destaca también la influencia de la revolución francesa y la profunda investigación científica sobre el derecho y el proceso romano puro llevada a cabo por la doctrina alemana del siglo XIX, con reflejo de las ideas fundamentales del proceso civil romano clásico en las ordenaciones alemanas y austriaca.

⁸⁰ Cf. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., pág. 364.

⁸¹ Para ese desarrollo, como expuesto en el texto, TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., págs. 364-366.

Las gradaciones y fracciones de valor, por medio de los cuales los juristas medievales buscaban racionalizar la diversidad de los casos concretos. Por otro lado, sin embargo, la prueba legal pasa a fundarse en una técnica mucho más rígida y formalística, aunque con grandes características simplificadoras, en la medida en que impone resultados vinculables e incontestables a determinados tipos de prueba. Se elimina así el problema del juicio de hecho, lo que no ocurría con el sistema de la prueba "legal" del derecho común, aunque procurara éste reducir el margen de variabilidad subjetiva. Intrínsecamente, por consiguiente, en un primer momento se pasa de la racionalización del sistema de las pruebas para la formalización vinculable de la eficacia de la prueba individual⁸².

La evolución posterior se manifiesta totalmente en el sentido de liberar cada vez más el juez de esas cadenas formales, de suerte a posibilitarle más libre apreciación de la prueba. Se retorna, así, a la racionalización del sistema, pero en otro nivel cualitativo, con la manifiesta intención de hacer cesar los vínculos formales en la apreciación del material probatorio, mediante predominancia de la verdad empírica extraída de los hechos de la causa por medio de la lógica y de criterios científicos⁸³.

Claro está, también, que en el problema del control de la libre apreciación de la prueba, identificase de forma aguda un evidente conflicto entre la libertad del órgano judicial y el derecho de ciudadanía procesal.

Indubitable, por un lado, que no se muestra admisible, en la presente pasantía civilizatoria, cualquier retroceso en el sentido de tarifar la apreciación del hecho por el juez⁸⁴. Semejante retroceso traería como inamovible consecuencia un indeseable

⁸² Desde el punto de vista de la lógica jurídica, ALESSANDRO GIULIANI, *Il concetto di prova*, cit., *passim*, en que son estudiados los conflictos entre la concepción clásica de prueba, considerada como "argumentum" con incidencia en lo dudoso y en lo probable, uniéndose estrechamente al "juicio", y la concepción moderna básicamente inspirada en las investigaciones de JEREMIAS BENTHAM y de la escuela utilitarista inglesa, identificada con la historia de la lógica inductiva y de los desarrollos científicos (principio de la "total evidence"). GIULIANI, ob. cit., págs. 245y siguientes, defiende la tesis de que la concepción de la prueba se basa en la legalidad, con predominio del momento "técnico-jurídico" sobre lo "lógico", conduciendo a una postura técnica, formalista y hasta burocrática en la investigación del hecho, apuntando a la supremacía de la prueba documental preconcebida, en contraste con la postura crítica, que parece caracterizar el proceso de formación del juicio en las experiencias procesales unidas a la prueba testimonial, en el camino de la tradición tópico - retórica.

⁸⁴ Parece haber sido esta la intención de ENNIO AMODIO, *Libertà e legalità della prova nella disciplina della testimonianza*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, XVI (1973): 310-339. Preocupado con la "degeneración" de la práctica judicial penal italiana, propone una "riscoperta" de las reglas probatorias legales como instrumentos destinados a limitar en sentido negativo los poderes del juez también en el plan valorativo (rev. cit., pág. 336). La sugestión mereció inmediato repudio de CAPPELLETTI, *Ritorno al sistema della prova legale?*, rev. cit., XVII (1974): 139-141, combatiendo las generalizaciones peligrosas y el formalismo de esa posición, con respuesta de AMODIO, *Prove legali, legalità probatoria e politico processuale*, rev. cit., XVII (1974): 373-376.

incremento del formalismo, apartando el juicio de la verdad real o material, ideal que debe ser siempre buscado.

Por otro lado, se impone adoptar, como salvaguardia para mejor establecimiento de la verdad y paralelo resguardo contra el abuso de la libertad judicial a respecto, el control de la sociedad imbuida de valores democráticos.

En otras palabras, la cooperación ejerce también aquí un papel relevante. Tal se instrumentaliza por medio de los principios, garantías y técnicas formadores del propio proceso. Y, realmente, visan ellos, exactamente, no sólo facilitar el trabajo judicial, como también incrementar la colaboración de las partes, a ejemplo de la inmediatez en el debate y en la recepción de la prueba oral, del contradictorio y de la presencia de los interesados en la producción de las pruebas⁸⁵. Al mismo tiempo, el deber de motivar la sentencia, el atendimiento a las formalidades establecidas en ley para la realización de la prueba, la publicidad del procedimiento, la posibilidad de recursos en general y el duplo grado de jurisdicción, sirven como resguardo al arbitrio judicial, por limitar el carácter “personal” de la decisión y mejorar su objetividad⁸⁶.

6. Finalmente, cumple examinar cuestión de gran relevancia teórica y práctica, que respecta a la conveniencia o no de concederse al órgano judicial poderes para disponer, más o menos libremente, sobre el derecho de la parte. En esa materia sobresale con fuerza la clara tensión entre el derecho procesal y el derecho material, visto que corre éste el riesgo de sucumbir en virtud de consideraciones puramente formales⁸⁷. Se trata, intrínsecamente, de investigar el enlace existente entre la actividad

⁸⁵ CHIOVENDA, *Sul rapporto fra le forme del procedimento e la funzione de/ la prova (L., oralità e la prova)*, in *Saggi di Diritto Processuale Civile*, vol. II, Roma, 1931, Foro Italiano, págs. 197-225, esp. pág. 225, señala con agudeza que la libertad de convencimiento del juez desea a la luz de la audiencia, corrompiéndose y muriendo en los laberintos del proceso escrito. Para CAPPELLETTI, *La testimonianza*, cit., vol. I, págs. 130 y siguientes, 139, 164, se muestra indisociable la interdependencia recíproca entre inmediación, oralidad y libre apreciación de la prueba, residiendo el sentido mayor de la inmediación exactamente en la libre valoración de la prueba, porque a la prueba legal no interesa el modo como es realizada. Así también GERHARD WALTER, *Libre apreciación de la prueba*, cit., § 15, págs. 363 y siguientes.

⁸⁶ Observa agudamente GERHARD WALTER, *Libre apreciación de la prueba*, cit., págs. 94-95, haber existido siempre esos principios y garantías cuando la apreciación de la prueba no estaba reglada, desapareciendo tan pronto predominaba la teoría de las pruebas legales. Segundo TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., págs. 376-377, el deber de motivación, dentro de esa concepción racional del convencimiento del juez, asume exacto y preciso significado, de modo que pueda ser controlado externamente el órgano judicial y compelido así a justificar sus elecciones en el juicio de hecho con argumentos racionales. Sobre el significado de la publicidad para la libre apreciación de la prueba, aún GERHARD WALTER, *Libre apreciación de la prueba*, cit., págs. 380-385. Sobre la cuestión del control endógeno del raciocinio judicial, C. A. ALVARO DE OLIVEIRA, *Libre Apreciação da Prova: perspectivas atuais*, in *La Prueba - Homenaje al Maestro Hernando Devis Echeandía*, Colombia, Universidad Libre, 2002, págs. 599-613, esp. págs. 610-613.

⁸⁷ Como bien señala ALOIS TROLLER, *Formalismus*, cit. § 5.1, pág. 31.

judicial y el principio dispositivo en sentido impropio, aún más que la participación exarcebada del órgano judicial puede conducir a abuso. Y eso porque el principio dispositivo se revela fundamental para la exacta apreciación de la dimensión de los poderes de iniciativa del juez y de las partes⁸⁸.

Constituye principio asentado de larga fecha caber a la parte la exclusiva iniciativa de iniciar el proceso y determinar a *res in iudicium deducta*, razón para ya en el derecho romano medieval tener asumido foros de ciudadanía la máxima tradicional *nemo iudex sine actore*⁸⁹.

Razones de política judicial, en que gana relieve el valor fundamental de la imparcialidad, determinan la conveniencia del total receso del órgano judicial tanto del pedido como de la indicación de la *causa petendi*, poco importando la naturaleza del derecho en causa, salvo contadas excepciones⁹⁰.

Fundamento diverso, hoy un tanto descuidado y poco mencionado, consiste en la propia libertad del individuo, cuya iniciativa en el actuar ante la administración

⁸⁸ Sobre el tema, la importante obra de JOSÉ RODRÍGUEZ URRACA, *Autoridad del Juez y Principio Dispositivo*, Valencia, Universidad de Carabobo, Instituto de Derecho Privado y Comparado, 1968, *passim*.

⁸⁹ WYNESS MILLAR, *The Formative Principles of Civil Procedure*, in *A History of Continental Civil Procedure*, trad. y org. Robert Winess Millar, New York, Kelley, 1969, § 3, pág. 10. El procedimiento civil romano, señala ARTHUR ENGELMANN, *The Roman Procedure*, en *History*, cit., § 105, págs. 389-390, se sometía en general al principio dispositivo. También corrientes a las reglas ne procedat iudex ex officio e ne est iudex ultra petita partium. Relativo al desarrollo histórico de esas máximas en el derecho común, ver GEORG WILHEM WETZELL, *System des ordentlichen Civil processes*, Leipzig, Tauchnitz, 1868, § 43, págs. 517-520. Desde el punto de vista del derecho comparado, observa MAURO CAPPELLETTI, *Le grandi tendenze evolutive del processo civile*, cit., págs. 182-192, la idéntica aceptación de tales reglas en todos los sistemas occidentales, señalando que las rarísimas excepciones ponen en evidencia ciertas funciones de naturaleza más administrativa, aunque atribuidas a órganos judiciales. Pero, como bien aclara JAYME GUASP, *Juez y hechos en el proceso civil*. Una crítica del derecho de disposición de las partes sobre el material de hecho del proceso, Barcelona, Bosch, 1943, pág. 34, no se verifica plena equivalencia entre las expresiones *nemo iudex sine actore* e *ne procedat iudex ex officio*. Aunque ambas expresen limitaciones al espontáneo desarrollo de la actividad judicial, el "nemo iudex" se refiere de modo exclusivo al inicio del proceso, mientras el "ne procedat iudex" abarca también, o puede abarcar, todos los actos de impulso desarrollados en el procedimiento, y así la máxima podría configurar una prohibición al juez de hacer avanzar el proceso a través de los diversos estadios a ser recorridos hasta la decisión final.

⁹⁰ La regla está expresa, entre nosotros, en el artículo 262, 1 a parte, del CPC: "O processo civil começa por iniciativa da parte". J. C. BARBOSA MORAES, *O problema da 'divisão do trabalho' entre juiz e partes: aspectos terminológicos*, *Revista de Processo*, 41 (1986): 7-14 bien evidencia como la incidencia de esa norma no se restringe al territorio de los derechos disponibles, pues, en casos excepcionales, mismo siendo indisponible el derecho, puede el juez brasileño iniciar de oficio el proceso.

judicial se impone totalmente independiente del poder estatal; el ciudadano libre debe quedarse plenamente desimpedido para alzar el vuelo más conveniente en la defensa de sus derechos⁹¹.

Se asocian a ese condicionamiento de la jurisdicción a la provocación de la parte, actualmente denominado principio de la demanda, el principio de la excepción material (*exceptiones iuris*), el de no poder el órgano judicial conceder tutela inferior, más allá o de naturaleza diversa de la contenida en el pedido de la parte (*ne eat iudex ultra petita partium*), el principio de la impugnación de la sentencia sólo por las partes y el principio de la disponibilidad privada del proceso, para formar en su conjunto lo que se convenció denominar en doctrina "principio dispositivo" en sentido material o propio⁹². Todos representan límites formales a los poderes de que goza el órgano judicial, en la verdad la mayor barrera formal a su actividad.

Otro aspecto relevante en esa senara, fundamentalmente informado por la economía procesal, desemboca en la inalterabilidad del pedido y de la causa de pedir, de fuerte tradición en el derecho brasileño⁹³. Resalta aquí el interés público en que la demanda traída a juicio sea resuelta lo más rápidamente posible, y también el propio carácter ordenador del proceso, a correr el riesgo de transformarse en una trama inextricable dejándose al arbitrio de las partes el cambio del pedido o de la causa de pedir a cualquier hora.

El interés público se manifiesta en el sentido de que la gestión de la justicia se realice con habilidad y funcionalidad, objetivo que podría quedarse íntegramente comprometido se permitiera la alteración, pues la nueva demanda ha de ser necesariamente discutida en el proceso, reabriéndose incluso la posibilidad de prueba

⁹¹ Esa forma del problema fue subrayada de modo adecuado por HANS FRITZCHE, apud, A TROLLER, *Formalismus*, cit., § 5,1, pág. 37, conocido político y erudito de Zurich; al alabar el principio dispositivo en estos términos: "Constituye uno de los más bellos derechos del ciudadano libre que, habiéndose tornado su cuestión litigiosa, no necesite pedir al juez su gracia, como el esclavo se dedica a su señor en el castillo, pero delante de él se defiende, en oposición a su adversario, y para eso pueda constituir un abogado. —El juez no debe estar ahí como un administrador secreto, pero como el hombre a quien cabe el honor de decidir sobre relaciones jurídicas tornadas litigiosas entre ciudadanos libres."

⁹² Así, MAUROCAPPELLETTI, *Le grandi tendenze evolutive*, cit., págs. 182-191. Con razón, ANTÔNIO JANYR D' AGNOLL JÚNIOR, *Poderes do Juiz*, cit., págs. 81-92, esp. pág. 86, señala la adopción por el derecho positivo brasileño del "principio dispositivo" en sentido material o propio, admitiendo del mismo modo la iniciativa judicial en el recogimiento del material probatorio ("principio inquisitorio" o "principio de la investigación"). y a seguir, ib. cit., págs. 87-92, demuestra esa proposición de forma convincente con indicación de diversos dispositivos contenidos en el CPC de 73.

⁹³ Específicamente sobre esos temas, MILTON PAULO DE CARVALHO, *Do pedido no processo civil*, Porto Alegre, Fabris, 1992, y JOSÉ ROGÉRIO CRUZ y TUCCI, *A causa petendi no processo civil*, São Paulo, RT, 1993.

a respecto, so pena de la innovación causar sorpresa y violar el principio de lo contradictorio⁹⁴.

Sin embargo, la experiencia histórica más moderna estableció brechas en ese rigorismo formal, buscando coordinarlo con el principio de la economía procesal, prestando así mayor agilidad al proceso.

Típico ejemplo de esta orientación es representado por el § 263 de la Ordenanza Procesal alemana, en la redacción de novela de 1933, al permitir la modificación de la demanda, independiente de consentimiento del adversario, si entendido por el Tribunal estar atendido el requisito de la "oportunidad" (*Sachdienlichkeit*). La doctrina germánica considera decisivos para la aplicación de ese concepto el interés público en el rápido desarrollo del proceso o las exigencias de la economía del juicio.

En el mismo camino, el § 235,3, de la Ordenanza Procesal austríaca, autoriza al juez permitir la modificación de la demanda si no es de temer "un retardo relevante" y "un agravamiento" en el desarrollo del proceso⁹⁵.

También la Ordenanza Procesal de Berna, § 94, admite la alteración de la demanda o de la reconvencción, sin el consentimiento de la parte contraria, si apoyada en causa de pedir semejante a la anterior pretensión o conexa con la ejercida, desde que el juez considere que no haya ocurrido de ahí considerable agravamiento o tardanza en la marcha de la causa⁹⁶.

En tema de alteración del pedido, mantenida la misma causa de pedir, la ley alemana es aún más liberal, pues, consonante a los tres incisos del § 264 de la Ordenanza procesal, las hipótesis siguientes no configuran alteración de la demanda: I – puro y simple suplemento o aclaración de las alegaciones de orden fáctica o jurídica; II – extensión o limitación del pedido de fondo o relativamente a algún crédito accesorio; III – , en virtud de modificación ocurrida posteriormente, en lugar del objeto

⁹⁴ La doctrina de modo general justifica el vedamiento de alteración de la demanda con base en las consideraciones expuestas en el texto. Así, vg., TROLLER, *Formalismus*, cit., § 7, págs. 92-93; GIANCARLO GIANNOZZI, *La modificazione della domanda nel processo civile*, Milano, Giuffrè, 1958, n° 45, pág. 142; CORRADO FERRI, *Struttura del processo e modificazione della domanda*, Padova, Cedam, 1975, pág. 6, señalando aún el principio de la concentración y la necesidad de ser garantizada la velocidad del proceso. VICTOR FAIRÉN GUILLÉN, *La transformación de la demanda en el proceso civil*, Santiago de Compostela, Porto, 1949, pág. 105, aunque subraye el interés público en la buena marcha del proceso, pondera que, en muchas ocasiones, la alteración de la demanda puede significar una gran economía procesal, evitándose inútil y cara duplicidad. MILTON PAULO DE CARVALHO, *Do pedido*, cit. pág. 122, además de poner en relieve el interés público, menciona aún al principio de la lealtad procesal, a comprender también la colaboración clara y precisa de los hechos y fundamentos jurídicos por ambas las partes.

⁹⁵ CORRADO FERRI, *Struttura del processo e modificazione della domanda*, cit., págs. 104-106, y WOLFGANG GRUNSKY, *Grundlagen*, cit. § 13, págs. 121-127.

⁹⁶ TROLLER, *Formalismus*, cit. § 7, pág. 94.

originariamente exigido es pleiteado un otro objeto o interés. Consonante autorizada fuente doctrinaria, en el primer caso inexistente conceptualmente cualquier modificación, pues, a pesar de la alteración de las consideraciones de hecho y de derecho, el derecho ejercido permanece lo mismo. En el segundo, es comprendido el pleito de intereses de la deuda ya aforada por el autor, en el curso del proceso así como la transformación de acción declaratoria en condenatoria. Se admite también la petición de pretensiones resultantes de la misma causa de pedir, de las cuales sólo una había sido aforada. Por último, se acentúa que el inciso III concierne a alteraciones materiales ocurridas durante el proceso, a ejemplo del perecimiento de la cosa durante la litispendencia, permitiéndose el sucesivo pedido de pérdidas y daños en el mismo proceso⁹⁷.

En esa misma perspectiva se insiere la interesante y original solución preconizada en la amplia y profunda reforma introducida en el proceso civil portugués ocurrida en 1995 y 1996⁹⁸, en que se faculta, mismo sin concordancia de la otra parte (CPC portugués, art. 273, incisos 1 a 6, "a") la alteración o ampliación de la *causa de pedir* en la réplica, si el proceso admitirla, o que la alteración o la ampliación sea consecuencia de confesión hecha por el reo y acepta por el autor; b) la alteración o ampliación del *pedido* en la réplica, pudiendo, además de eso, el autor, en cualquier instancia, reducir el pedido y ampliarlo hasta el encerramiento de la discusión en 1º grado de jurisdicción si la ampliación consistir en desarrollo o consecuencia del pedido primitivo; c) la ampliación o alteración del *pedido* de aplicación de sanción pecuniaria compulsoria en el caso de obligaciones de prestación de hecho infungibles, al abrigo de lo dispuesto en el art. 829, I, del código Civil, respetados los términos del art. 273,2, del CPC; d) al autor requerir en las acciones de indemnización fundadas en responsabilidad civil, hasta el encerramiento de la audiencia de discusión y juicio en 1º grado de jurisdicción, la condenación del reo en forma de renta vitalicia o temporaria (art.567 del Código Civil), mismo que inicialmente tenga pedido la condenación de aquel en cuantía cierta; e) la modificación simultánea del *pedido* y de la *causa de pedir*, desde que tal no suponga convolución para relación jurídica diversa de la controvertida.

Habiendo acuerdo de las partes, ya la reforma de 1967, dando nueva redacción al art. 272 del CPC portugués, autorizara la alteración o ampliación del pedido y de la

⁹⁷ GRUNSKY, Grundlage, cit., § 13, págs. 123-127. Cf. el jurista, a letra del § 264,3, abarcaría sólo los casos en que la alteración tuviera ocurrido después de la litispendencia, aclarando, aún, que la jurisprudencia y la doctrina de modo general no dan soporte a esa limitación, entendiendo admisible la alteración también cuando la cosa tenga perecido antes de la proposición de la acción, si desconocido el hecho del autor.

⁹⁸ Esa reforma, cuya importancia es innegable, por lo que representa de modernidad y de adecuación a las determinantes axiológicas del proceso actual, transcurre de la profunda alteración determinada por los ya mencionados decretos-ley 329-A, de 12 de diciembre de 1995, y 180, de 25 de septiembre de 1996. Visión amplia y abaricante en MIGUEL TEIXEIRA DE SOUZA, *Estudos sobre o novo processo civil*, 2. ed., Lisboa, Lex, 1997, *passim*.

causa de pedir en cualquier instancia del proceso, tanto en 1º como en 2º grado de jurisdicción, salvo si ocurriera perturbación inconveniente de la instrucción, discusión y juicio del pleito⁹⁹.

El derecho brasileño se muestra bien más rígido, ya que realizada la citación se prohíbe al autor modificar el pedido o la causa de pedir, sin el consentimiento del reo (art. 264, 18 parte, del CPC). Además de eso, después del saneamiento del proceso en ninguna hipótesis será permitida tal alteración (art. 264, 28 parte, del CPC). Nada impide, pero, dentro del permisivo legal del artículo 284 del CPC, antes de la citación y mismo por orden del juez, v. g., la adaptación de la petición inicial de acción ejecutiva para proceso de conocimiento, o viceversa, pues, conforme el artículo 264 del CPC, el autor puede promover semejante modificación¹⁰⁰.

De cualquier modo, como bien señala

Desde el punto de vista cooperativo, en el período actual de la historia brasileña, ya está más que en tiempo de empezar a pensar en la reforma de la legislación procesal, para permitirse la alteración del pedido y de la causa de pedir en los términos de la reciente reforma portuguesa. De esa forma, se estimularía una vez más el descabido diálogo entre el órgano judicial y las partes, quebrándose al mismo tiempo un formalismo excesivo, que no tiene más razón de ser.

⁹⁹Específicamente sobre el punto, JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao Processo Civil (canonico e princípios gerais a luz do Código revisado)*, Coimbra, Coimbra ed., 1996, n° 6.3, p. 128-9, n° 10.2.4, p. 169-72, n° 10.2.5, p. 172. Para LEBRE DE FREITAS, ob. cit., p. 171-2, la modificación simultánea del pedido y de la causa de pedir es posible no sólo cuando algunos de los hechos que integran la nueva causa de pedir coincidan con hechos que integran la causa de pedir originaria o la causa de pedir reconventional o funden excepciones deducidas, pero también cuando, por lo menos, el nuevo pedido se reporte a una relación material dependiente o sucedánea de la primera. Aún sobre la cuestión, en la óptica de la insuficiencia de las alegaciones y del principio dispositivo, las interesantes y relevantes observaciones de PAULA COSTA E SILVA, *Saneamento e condenação no novo Processo Civil*, Lisboa, Lex, separata s.d., p. 228-34.

¹⁰⁰CE EDSON RIBAS MALACIINI, *Da Convertibilidade de um processo em outro, por mudança a petição inicial*, *Jurisprudência Brasileira*, 183 (1992): 36-43. Si sus razones ya eran persuasivas cuando vigorizaba la redacción antigua del artículo 294 ("quando el autor boria omitido, en la petición inicial, pedido que le era lícito hacer, sólo por acción distinta podrá formularlo"), mucho mayor su procedencia con la revogación de esa regla de fuerte contenido formalístico (en el malo sentido) y que representaba acogimiento extremo entre nosotros del principio de la eventualidad. En la redacción actual, resultante de la ley n° 8.718, de 14.10.1993, el precepto contenido en el artículo 294 es incisivo: "Antes de la citación, el autor podrá añadir el pedido, corriendo a su cuenta los costos agregados en razón de esa iniciativa". De cualquier modo, como bien señala el jurista paranaense, el apoyo de la cuestión reside en que el pedido y la causa de pedir siempre pueden ser modificados antes de la citación.