

LA CONCEPCION PUBLICISTICA DEL PROCESO Y EL AUMENTO DE LOS PODERES DEL JUEZ

1) IMPORTANCIA DEL TEMA

Siendo propósito del Poder Ejecutivo nacional la reforma inmediata de la legislación en materia de procedimientos, el Director del Instituto de Derecho Procesal y prestigioso especialista en nuestra ciencia, doctor J. Ramiro Podetti, ha iniciado una interesante encuesta, siendo el tema V el de mayor trascendencia teórica y práctica. Nos referimos al “aumento de facultades judiciales en la instrucción del proceso, concurrentes con la de los litigantes, sin disminuir la de éstos y sin lesionar el principio de igualdad” (1).

El reforzamiento de los poderes del juez se presenta entre nosotros como una exigencia de orden técnica, antes que política, ya que se trata de que el juez como órgano del Estado y que debe cumplir una función esencialmente pública (jurisdiccional), abandone esa situación de pasividad casi absoluta en que actualmente se encuentra —por la legislación vigente en la Capital Federal y en la mayoría de las provincias— y de mero espectador del litigio pasar a ser el efectivo director del proceso.

Entre las exigencias de orden técnico, está en que aplicando estrictamente el principio dispositivo, sin establecer ninguna atenuación al mismo, el juez se limitaría a confrontar

(1) Véase el texto de la encuesta sobre la reforma procesal, en *Jurisprudencia Argentina*, 25 de noviembre de 1948.

los materiales de conocimiento aportados por los litigantes y se vería obligado a pronunciar sin haber llegado a una plena convicción sobre los hechos controvertidos.

Dice Guasp que le interesa poner de relieve hasta qué punto es acertado mantener el carácter excepcional de los escasos poderes concedidos al juez y si no sería, por el contrario, más conveniente adoptar un criterio general que pusiera como meta de las actividades procesales en la formación del material de decisión el hallazgo de la verdad y por consiguiente la aportación de todos los hechos que realmente integren la relación jurídica discutida (2).

Para demostrar que estamos ante una verdadera necesidad técnica y no política, basta con remitirnos a los siguientes interrogantes formulados por el doctor Lascano: ¿Es posible consentir, por ejemplo, que el juez permanezca indiferente ante la obstrucción del procedimiento por las partes, o ante la violación por las mismas de las formas establecidas por la ley? ¿No debe el juez, por el contrario, como representante del Estado, evitar una y otra cosa, haciendo desaparecer los obstáculos que impiden la prosecución de la causa y subsanando los vicios que puedan afectarla de nulidad? ¿Acaso esa actitud del juez podría ser considerada lesiva de algún interés legítimo de las partes? ¿Tienen éstas derecho a dilatar la solución del juicio o a violar la ley? (3).

El problema de los poderes del juez es vasto y complejo, comprendiendo no sólo los relativos a la dirección y disciplina del proceso sino también a los de decisión.

Pensamos que los primeros deben ampliarse frente al sistema actual (Cód. Proc. Civ. de la Capital Federal) y los segundos, deberán contar con oportunas disposiciones legales que signifiquen una adecuada traducción técnica de los mismos, por tratarse de un aspecto totalmente descuidado en la codificación procesal de nuestro país.

(2) GUASP, *Juez y hechos en el proceso civil*, pág. 59.

(3) LASCANO, *Las ideas de Chiovenda y la nueva legislación procesal*, en *Rev. de Der. Proc.*, año V, núms. III y IV, pág. 344.

De conformidad con el texto de la encuesta hemos de limitar nuestra opinión a los poderes de dirección procesal y de ingerencia en la formación del material de conocimiento.

No cabe duda de que el aumento de estos poderes, en la dirección del proceso e investigación de la verdad de los hechos, es una consecuencia lógica de la concepción publicística (*).

Se explica que en un sistema de tendencia privadística (de filiación civilista), predomine el interés particular de los litigantes sobre el interés social, olvidándose de que el órgano jurisdiccional del Estado también es un sujeto dentro de esa relación jurídica que puede configurar el proceso (**) y que esa relación es para unos de Derecho público y que para otros, si bien no es exclusivamente de Derecho público, éste es su carácter predominante.

Entendemos que en toda actividad jurisdiccional concurren o coexisten el interés privado de los litigantes y el interés público o social, pero esta circunstancia no ha sido siempre tenida en cuenta. Este olvido no debe ni puede desnaturalizar la actividad jurisdiccional.

Nuestro proceso civil está aún bajo el influjo de la concepción civilista: la misión del juez es resolver una controversia entre partes y a los litigantes corresponde exclusivamente la aportación de los hechos y de la prueba y otro tanto ocurre con el impulso procesal. Es que dentro de esta dirección doctrinaria-legislativa, la acción sigue siendo aún "el medio de hacer valer en juicio los derechos, cuando han sido desconocidos o han encontrado un obstáculo en su ejercicio", o más simplemente: la acción es todavía para esta orientación el medio de hacer respetar un derecho (†).

(*) PEDRO BAPTISTA MARTINS, *El poder del juez en el Código del Proceso Civil brasileño*, en Revista de Derecho Procesal, año I, 1ª parte, pág. 72. JOAO BONUMÁ, *Direito Processual Civil*, 1er. Volumen, nº 80.

(**) SENTÍS MELENDO, *La ciencia procesal argentina*, en Revista de Derecho Procesal, año I, segunda parte, pág. 50.

(†) DE LA COLINA, *Legislación y Derecho procesal*, t. I, nº 372; CASTRO *Curso de procedimientos*, t. I, pág. 24; FERNÁNDEZ, *Código de*

El Código de Procedimiento Civil de la provincia de Tucumán, redactado en el año 1872 por los doctores Benjamín Paz, Arsenio Granillo y Angel M. Gordillo, en un interesantísimo *Título preliminar*, donde se recogen los aforismos y principios fundamentales, establecía en forma categórica que: “*el juicio pertenece a las partes*”.

Es indudable que esta concepción doctrinaria-legislativa ha sido superada en la reforma procesal de nuestro país, donde ya se percibe claramente un nuevo concepto de la acción procesal. Comienza a contemplarse la concurrencia de dos intereses distintos e inseparables: el de los litigantes, que recae sobre lo que es objeto o materia del proceso y se manifiesta en sus instancias y el del Estado, cuyo órgano jurisdiccional asume la responsabilidad por la dirección *del procedimiento* para que se cumpla eficazmente el fin del proceso (*).

El Estado también tiene interés frente al litigio, cualquiera que sea su naturaleza; está interesado en que el proceso tenga un desenvolvimiento normal en bien de la verdad material de los hechos controvertidos y de la justicia objetiva. Por ello hemos dicho en otro lugar (8) que el Estado está interesado en la rápida resolución de la litis, una vez que ésta ha sido planteada, y en consecuencia, a que sus órganos deban tomar la iniciativa de su rápida expedición.

Es, pues, la concepción publicística de la acción y del proceso, un fundamento serio y una razón de orden técnico para el aumento de los poderes del juez en la formación del material de conocimiento y en la dirección del proceso, aumento que tiende, principalmente, a que el juez pueda cumplir plenamente su misión de hacer justicia, manteniendo en la medida de lo posible la igualdad de las partes en el proceso, cuando frente al litigante temerario pueda sucumbir por su impericia la parte contraria.

Proc. anotado, prim. edic., pág. 52, y COLMO, *Obligaciones*, números 919 y 919^a, 2^a edición, pág. 641.

(*) BONUMA, *op. cit.*, pág. 373.

(8) *La reforma procesal civil en la provincia de Salta*, pág. 15.

“Políticamente hablando, dice Couture, el proceso debe quedar en manos de la autoridad, para que no quede en manos del más aprovechado”.

“El proceso, agrega Couture, es una relación triangular en la cual el Poder Público constituye un lado necesario. Este Poder debe estar organizado para la obtención de sus fines propios” (9).

“Si se quiere hacer verdadera justicia, dice otro documento legislativo (10), no debe el órgano jurisdiccional hacerla de maestro, y resolver contra la parte inepta, sólo por su falta de conocimientos en la ciencia jurídica, esto sería un verdadero anacronismo, puesto que la tendencia moderna es la de que el Estado, a través de sus órganos de jurisdicción, realice una verdadera misión de justicia, o sea que su protección se otorgue, no de una manera formalista, en correspondencia con una información defectuosa por error o mala fe, sino que ha de otorgarse de manera que responda, lo más cerca posible, a las verdaderas relaciones existentes entre los hombres, y, para lograr esta finalidad, se autoriza al propio órgano para que pueda aportar los datos que estime necesarios para realizar su alta misión”.

Entendemos que el aumento de las facultades judiciales en la instrucción del proceso civil (tema V de la encuesta citada), tiene su justificación en la doctrina actual acerca de la acción y de la naturaleza jurídica del proceso y responde a una necesidad de orden técnico y que lejos de lesionar, sirve para robustecer el principio de igualdad.

(9) COUTURE, *Proyecto de Código de Procedimiento Civil*, pág. 86.

(10) Ideas fundamentales observadas en la elaboración del nuevo Código Federal de Procedimientos Civiles de México, pág. XXXV. Debe agregarse la observación formulada por los profesores Chiovenda y Liebman, en la Relación General redactada como resumen de las comunicaciones presentadas al Congreso de La Haya de 1937, sobre la tendencia de los Códigos modernos de asegurar al Juez en la investigación de la verdad durante el curso del proceso, una independencia siempre más grande, libre de formalismos y despojada de obstáculos. Véase: CHIOVENDA y LIEBMAN, *Estudio comparativo de las pruebas*, en la Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración, marzo de 1939, pág. 70.

“Nosotros consideramos, dice Lascano, que la dirección y vigilancia del procedimiento es facultad propia del juez, porque como órgano del Estado tiene la obligación de velar por la fiel observancia de las normas procesales que el mismo Estado ha establecido, y porque en su carácter de autoridad pública, es él, quien dentro del proceso, está en condiciones de asegurar el orden y su normal desarrollo (11).

2). EL ÁMBITO TRADICIONAL DEL PRINCIPIO DISPOSITIVO

Este principio se manifiesta de diversos modos y funciona en las distintas etapas del proceso. La llamada *Verhandlungsmaxime*” y la “*Dispositionsmaxime*” son en realidad diversos aspectos de un mismo principio procesal. Algunos autores han señalado la diferencia de esos conceptos (12). Pero la doctrina, predominante sobre la materia, tiende a considerarlos como idénticos (13).

Varias facetas del principio que estudiamos se encuentran traducidas en los siguientes aforismos del Derecho romano medieval (14):

Nemo iudex sine actore.
Da mihi factum, dabo tibi ius!
Iudici fit probatio.
Iudex indicet secundum allegata et probata partium.
Ne eat iudex ultra petita partium.

(11) LASCANO, *Proyecto de Código de procedimiento civil y comercial*, pág. 86.

(12) ROBERT WYNESS MILLAR, *Los principios formativos del procedimiento civil*, pág. 65.

(13) GOLDSCHMIDT, *Derecho procesal civil*, pág. 82; KICH, *Elementos de Derecho procesal civil*, pág. 118; CHIOVENDA, *Principios de Derecho procesal civil*, t. II, pág. 179; BONUMÁ, *Direito Processual Civil*, t. I, pág. 38; ROCCO, *Derecho procesal civil*, pág. 247; PODETTI, *Teoría y técnica del proceso civil*, pág. 73; COUTURE, *Estudios de Derecho procesal civil*, pág. 313.

(14) WYNESS MILLAR, *op. cit.*, pág. 75.

Ne procedat iudex ex officio.
Quod non est in actis non est in mundo.

Conviene establecer cuál es la estructura del principio de la iniciativa de las partes (principio dispositivo) en las legislaciones de orientación privatística y su manifestación a través de las diferentes etapas procesales.

a) *Interposición de la demanda*

El principio dispositivo funciona en el primer momento, esto es, en la etapa inicial: “Nemo iudex sine actore” y “Nemo invitus agere cogatur”. En estos aforismos encontramos la más vigorosa proyección del principio de la autonomía de la voluntad; es la parte quien incoa el proceso por el planteamiento de la demanda y, por lo tanto, el comienzo del juicio y la determinación de los hechos es decidido por los litigantes.

Esta regla significa que el órgano jurisdiccional no actúa de oficio y por propia iniciativa, sin demanda de parte porque ella es la que pone en movimiento la acción.

Se deja, de esta manera, a la voluntad de los particulares decidir si han de ocurrir o no ante el órgano jurisdiccional para obtener la tutela o protección jurídica de sus derechos. En otros términos, el planteamiento y la incoación del proceso, mediante la demanda, depende exclusivamente, de la voluntad de los litigantes y es esa voluntad la que condiciona la intervención del Estado por intermedio del órgano judicial competente establecido a este fin.

“El derecho de reclamar lo que nos pertenece o se nos debe, dice De la Colina, pende exclusivamente de nuestra voluntad, por ser principio incontestable que podemos renunciarlo. Si cada cual puede abandonar lo suyo, desnaturalizarlo, degradarlo y hasta destruirlo (art. 2513 del Código Civil), es lógico que no sea compelido a obrar en justicia para conservar o recuperarlo, y que si quiere deducir su acción lo haga cuando mejor le parezca o lo crea oportuno. El deman-

dado a su vez, puede oponer las excepciones o defensas que tuviese o renunciarlas” (15).

Es así como el principio dispositivo funciona en el momento de la interposición de la demanda.

“La condición inicial para que el órgano jurisdiccional actúe será, pues, dice Guasp, que exista una actividad que la reclame”. Se trata de afirmar la imposibilidad de poner en marcha el mecanismo jurisdiccional por una actividad espontánea de éste, es decir, de oficio. Este principio es el que enuncia el aforismo citado: “*nemo iudex sine actore*” (16).

“Esto significa, dice Gallinal, no sólo que el Estado debe prestar su actividad jurisdiccional, cuando es requerida por los litigantes, sino que él no puede ejercitarla cuando no es solicitado” (17).

b) *Preparación del material de conocimiento*

1) *Determinación del hecho*

Las partes tienen la facultad, siempre sobre la base de este principio, de determinar el material de conocimiento; incumbe a las partes la aportación de los hechos y el juez queda sometido a ellos (*da mihi factum dabo tibi ius; iudex iudicat secundum allegata et probata partium, non secundum conscientiam suam*).

Consecuencia de este principio es que el juez no conoce aquellos hechos que las partes no han querido invocar. Los aforismos: “*iudex iudicare debet secundum allegata et probata*” y “*quo non est in actis non est in mundo*”, son los que tienen aplicación en esta etapa o faz del proceso.

(15) DE LA COLINA, *Derecho y legislación procesal*, t. I, nº 9. PODETTI, define este aspecto o faz del principio dispositivo, como la facultad exclusiva del individuo de reclamar la tutela jurídica del Estado para su derecho. El Proyecto Couture estatuye sobre el principio de iniciativa en el art. 2º.

(16) GUASP, *Juez y hechos en el proceso civil*, págs. 30 y 31.

(17) GALLINAL, *Estudios sobre el Código de Procedimiento Civil*, nº 1762, pág. 64.

2) *Prueba del hecho*

En otro aspecto se manifiesta también el principio positivo y es en la prueba de los hechos.

En un sistema procesal rígido, que se aproxime a un sistema puro, tendríamos que los litigantes aportan todo el material probatorio, sin que el juez tenga el deber ni aun si quiera la facultad de complementarlo, ni de considerar las pruebas que se podrían aportar y que de hecho no se aportaron (18).

Frente a esta dirección, se ha iniciado en algunos códigos una corriente favorable a la ingerencia espontánea del juez, para investigar por sí mismo fuera de la prueba dada por los litigantes. Dentro de esta nueva orientación, al juez no le es lícito, igualmente, considerar los hechos no alegados; pero una vez alegados, podrá proveer libremente y ex-propria autoritate, en lo que se refiere a la prueba de los mismos, determinando las diligencias que le parezcan necesarias a ese fin.

3) *Amplitud de la tutela jurisdiccional*

No es más que un desarrollo, o si se quiere, una aplicación particular de la regla que pone en manos del litigante la fijación de los hechos.

En consecuencia, la voluntad de las partes condiciona la intervención y protección jurisdiccional.

El juez no debe pronunciarse más que sobre lo pedido y nada más que sobre las cuestiones planteadas por las partes ("ne eat iudex ultra petita partium"). El juez no debe dar más de lo que piden las partes, aunque tenga el convencimiento de que podrían pedir más. Se admite aquí, generalmente, una excepción en lo que respecta al pronunciamiento de oficio sobre las costas (19).

(18) El proyecto de Código de enjuiciamiento civil de Aspiazua para Bolivia se caracteriza por el principio de la pasividad del juez.

(19) REIMUNDIN, *La condena en costas en la legislación argentina*,

3) EL PRINCIPIO "NE PROCEDAT IUDEX EX OFICIO"

Los aforismos "nemo iudex sine actore" y "ne procedat iudex ex officio" suelen emplearse, en la doctrina, como equivalentes, pero deben ser deslindados y referir el primero a la *iniciativa procesal* y el segundo al *impulso procesal* (20).

Sin duda, dice Guasp, cabe atribuir a los dos un sentido idéntico, puesto que expresan la limitación para el juez de desarrollar espontáneamente su actividad. Cabe también, no obstante, dar al segundo un alcance más amplio que al primero, en cuanto que el "nemo iudex" se refiere de modo exclusivo a la iniciación del proceso y el "ne procedat iudex" abarca también o puede abarcar, todos los actos de impulsos que en el procedimiento se desarrollan, es decir, que podía configurarse como una prohibición para el juez de hacer avanzar el juicio, no ya de ponerlo en marcha, por los diversos estadios que ha de recorrer hasta llegar a la decisión final (21).

El poder jurisdiccional en materia civil, dice Podetti, debe necesariamente entrar en actividad a instancia de parte, pero una vez iniciado el proceso concurren las partes y el juez para su desarrollo y conclusión, pudiendo las primeras evitar el desarrollo automático o de oficio mediante convenios procesales (22).

La solución del Proyecto Nazar (art. 81) es bien significativa sobre el particular, cuando dispone que "en la tramitación del juicio el Juez o tribunal puede proceder de oficio".

El Anteproyecto, que hemos redactado para Salta, dispone que vencido un plazo procesal, el juez debe proveer inmediatamente y *de oficio* lo que corresponda al estado del

pág. 75; *Las costas en el Proyecto Couture*, en Rev. de Derecho Procesal, año 1946, primera parte, pág. 206; *Las costas en los incidentes*, en Revista de Derecho Procesal, año VI, segunda parte, pág. 93.

(20) ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, *Ensayos*, pág. 674.

(21) GUASP, *Juez y hechos en el proceso civil*, pág. 34.

(22) PODETTI, *Teoría y técnica del Proceso Civil*, pág. 76.

proceso ⁽²³⁾, lo que se justifica ante el principio de la perentoriedad de los plazos legales del procedimiento.

El valiosísimo proyecto Jofré ya había aportado una fórmula realmente interesante en esta materia, cuando establece que el juez “*puede proceder de oficio en cualquier estado de la causa*”, a fin de que comparezcan las partes, peritos o terceros; que se agreguen o exhiban documentos existentes en poder de las partes o a que las mismas se hayan referido; de que se acumulen dos juicios conexos; o de que la discusión se limite a una o más excepciones o puntos controvertidos (art. 25); este proyecto es bien categórico para acordar al juez los poderes de dirección procesal, como los de dirección material y todas sus soluciones aparecen prestigiadas con la indiscutida autoridad científica del profesor Jofré.

Pero la fórmula del Proyecto Nazar (art. 81) es amplísima y contiene, precisamente, una de las innovaciones de mayor trascendencia doctrinal, tanto que Couture la señala ⁽²⁴⁾ como “el paso más grande de la legislación procesal sudamericana dentro del Derecho común”, a pesar de la cubierta aparentemente conservadora de ese proyecto.

No cabe duda que cuando el Proyecto del doctor Silgueira disponía que “el juez sólo ejerce la jurisdicción a petición de parte, salvo el caso en que la ley le faculte expresamente para hacerlo de oficio”, entendía consagrar mediante texto específico el principio de iniciativa procesal.

Cabe observar que el Proyecto Silgueira, según numerosas disposiciones, se orienta hacia el principio del impulso procesal de oficio; en efecto, en los artículos 31 y 33 establece que vencido el plazo, “el juez proveerá lo que corresponda al estado de la causa”, lo que hará de oficio y previo informe del secretario. En este proyecto (arts. 30 y 31 y Exposición de motivos, pág. XII) todos los términos legales son peren-

⁽²³⁾ REIMUNDÉN, *La reforma procesal civil de la Provincia de Salta*, pág. 8.

⁽²⁴⁾ COUTURE, *La reforma del Código de Procedimientos*, en “*La Nación*”, 11 de febrero de 1939.

torios; el procedimiento sólo podrá suspenderse a pedido de las partes por una sola vez y durante un término máximo de treinta días; en la nota el doctor Silgueira expresa lo siguiente: "Tiende esto a evitar que se paraliquen indefinidamente los juicios; el orden público está interesado en que los litigios se concluyan o diriman cuanto antes y de que la justicia sea expeditiva".

Consecuente con el propósito de ensanchar la esfera de acción del juez, *instructor y director del procedimiento*, facilitándole la averiguación de la verdad, dice el doctor Silgueira, el Proyecto le atribuye mayores facultades "de oficio" de las que actualmente tiene en el Código vigente en la provincia de Corrientes, así como de las comúnmente conocidas para "mejor proveer" (25).

La regla contenida en los artículos 5 y 30, respectivamente, de los Códigos de Mendoza y San Luis, no es absoluta como lo anota Podetti y aparte de las limitaciones contenidas en los propios textos legales, la doctrina admite otras (26).

El concepto de acción y los poderes del juez.

La doctrina que pudiéramos llamar "tradicional" (clásica o individualista) contemplaba únicamente el interés particular de los litigantes y según ella la acción tiende a tutelar el derecho subjetivo.

El proceso es así considerado como una contienda de intereses puramente particulares y el juez que es el órgano jurisdiccional del Estado se encuentra en el último plano, en una posición totalmente secundaria y desprovista de toda significación.

Es que, según esta doctrina, los sujetos de la acción son exclusivamente los litigantes (actor y demandado); el suje-

(25) SILGUEIRA, *Proyecto de Código de Procedimiento Civil para Corrientes*, pág. XV.

(26) PODETTI, *Código de Procedimientos*, tomo I, pág. 21; ANTEQUE-DA MONZÓN, *Comentarios al Código Proc. Civil en Mendoza*, pág. 41.

to activo es el titular de la relación jurídica material o sustancial y el sujeto pasivo es el otro litigante contra el cual se pretende hacer valer dicha relación. El Estado no es sujeto de la acción según la doctrina clásica.

Los individualistas partiendo de la definición de Celso o de la de Justiniano, identifican la acción con el derecho material y sólo tienen en cuenta el derecho de una parte contra su adversaria (es el viejo mecanismo de "acción" contra "excepción", que los procesalistas modernos, como dice Sentís Melendo, en un magnífico estudio sobre esta materia, aspiran substituir por otra fórmula: acción contra jurisdicción).

La concepción tradicional de la acción tiene como consecuencia la de limitar exageradamente la actuación del juez en el proceso, como lo hace notar Giménez Fernández en su excelente obra sobre Derecho procesal canónico, reduciéndolo a mero espectador de la contienda (los sujetos de la acción son siempre los litigantes) y la relación procesal tiene carácter privado (contrato o cuasi contrato, etc.).

Varios factores han concurrido a la formación de las modernas teorías, que al construir sobre bases completamente diferentes la doctrina de la acción, como afirma Chiovenda, pusieron el primer jalón de la moderna doctrina general del proceso. La acción ya no será, como antes se decía "el medio de hacer respetar un derecho"; no es tanto la satisfacción de los derechos de los particulares, como "la realización de la voluntad de la ley".

Carnelutti nos explica que el interés protegido mediante la acción, es un interés esencialmente público: es el interés a la justa composición del litigio; es decir, que la acción no tutela "el interés en litigio". Al litigante pertenece no sólo el interés en litigio, respecto al cual se verifica su sujeción al juez, sino, además, el interés público en cuanto a la justa composición del litigio. (Sistema, II, núm. 356, pág. 638).

Esta tesis convierte al accionante en cooperador de la función del Estado, que ejerce como tal un cometido público,

una función pública, aunque en primer lugar, pueda perseguir una utilidad para sí.

No cabe duda que la figura del juez como instrumento inerte, como mero espectador del litigio, es incompatible con el sentido iuspublicista de la acción. El juez en virtud de su condición de sujeto procesal (sujeto pasivo de la acción) tiene necesariamente que asumir una posición que lo haga partícipe activo en el desarrollo del juicio y ha de estar provisto de los poderes adecuados para ejercitar en él su función jurisdiccional.

4) CHIOVENDA Y LA PROPUESTA DE REFORMA ⁽²⁷⁾

La propuesta de reforma del procedimiento civil, que por encargo del grupo de estudios procesales de la sección 8ª de la Comisión de post guerra, preparó Chiovenda, se caracteriza en sus líneas generales por el aumento de los poderes del juez, oralidad, concentración e inmediación.

La oralidad y la concentración procesal son principios estrechamente vinculados, según Chiovenda, al problema de los poderes del juez.

La actitud meramente pasiva del juez, por el Cód. de 1865, debía modificarse por cuanto no era en absoluto adecuada a sus funciones; el renovado concepto de la jurisdicción restituye al juez en el proceso moderno una posición central de órgano público interesado en hacer justicia del modo mejor y más rápido posible.

Esta modalidad, aunque en diversa medida se encuentra en Inglaterra, en Alemania, en Austria y en la mayor parte de los Cantones suizos y hasta predicada precisamente, en Francia, ésta, como observa Chiovenda, allí de donde el

(27) "La riforma del procedimento civile proposta dalla Commissione per il dopo guerra". Relazione e testo annotato per cura di Giuseppe Chiovenda. (Casa Editrice N. Jovene & C. Piazza Oberdan 13, Napoli). Lleva una introducción de Chiovenda del 18 de agosto de 1920.

Derecho italiano ha derivado directa e inmediatamente el espíritu individualista del Código derogado.

Por ello, insiste Chiovenda en que es conveniente asegurar al juez una posición que lo haga partícipe activo en la relación procesal y proveerlo de la autoridad necesaria para ejercitar en ella sus funciones.

El juez debe dirigir el proceso y conducirlo hacia su definición con la mayor seguridad compatible con una recta decisión. Además debe llamarse al juez a colaborar en la formación del material de cognición, poniéndolo en contacto inmediato y continuo con los litigantes, desde el momento de la constitución del juicio, de modo que le sea fácil disponer un completo examen de la causa, aclarando las dudas, provocando de las partes las indicaciones de hechos más importantes, señalando a aquéllas simple y económicamente las lagunas de su defensa y de sus producciones.

La instrucción del proceso tendrá lugar bajo la autoridad y la dirección del juez (art. 29 del Proyecto). En el proceso moderno el Estado se encuentra sumamente interesado en que la instrucción sea lo más rápida y económica posible. Pero no basta, se agrega todavía, que el juez, salvo los límites expresamente establecidos por la ley, debe disponer cuanto es necesario para aclarar la verdad de los hechos y para asegurar a la causa una decisión conforme a justicia.

Con esto no se pretende abandonar, ni podría nunca ser abandonado, el principio de que en las causas civiles el material de cognición debe ser proporcionado principalmente por los litigantes. Sino que, se quiere decir que el juez no puede conservar hoy aquella actitud de pasividad y casi de indiferencia que en nuestro proceso civil se ha habituado y quizás se ha encontrado constreñido a asumir. Es verdad que las partes deben informar al juez, pero es justo que esto ocurra durante la litis y no en el momento de decidir; es justo que el juez diga sucesivamente a las partes cuáles son los puntos sobre los que tiene necesidad de ser informado, y que no es-

pere para hacerlo comprender a las partes en la sentencia que ha sido insuficientemente informado.

Las disposiciones más interesantes son los artículos 29, 30 y 31.

Art. 29. — El proceso es instruido bajo la autoridad y la dirección del juez. Este, dejado a salvo los límites expresamente establecidos por la presente ley, debe disponer cuanto es necesario para aclarar la verdad de los hechos y para asegurar a la causa una decisión conforme a justicia; debe mantener la igualdad de las partes y velar porque la instrucción de la causa sea lo más rápida y económica posible.

Art. 30. — En particular, la autoridad judicial puede aun de oficio y en todo estado de la causa :

1. Ordenar la comparecencia personal de las partes o de alguna de ellas al debate oral, disponiendo su citación ya sea para intentar la amigable composición, ya sea para interrogarlas sobre los hechos de la causa;

2. Ordenar la producción en juicio de los documentos poseídos por una parte a que ésta se haya referido; de objetos muebles por examinar; de tipos, dibujos y planos demostrativos;

3. Ordenar la producción o la inspección de los documentos retenidos por un depositario público, de los cuales sea necesario examinar el original o las partes no estén en situación de producir copias o extractos sin un gasto desproporcionado a la causa, quedando a salvo en caso de negativa del depositario público las disposiciones de los arts. 135 y 165;

4. Ordenar pericias e inspecciones oculares y proveer a la elección de los peritos cuando éstos no sean propuestos por las partes de común acuerdo en las causas en las que se admite la facultad de transigir;

5. Fijar audiencias para el debate oral, y acordar su señalamiento para fecha posterior;

6. Ordenar la unión de varias causas conexas pendientes ante ella, aunque sean entre personas diversas; la separa-

ción de causas unidas; la suspensión de una causa en la espera de una decisión de una causa prejudicial.

7. Disponer que el examen se limite primeramente a una o varias entre las razones o excepciones hechas valer por la parte en juicio.

Art. 31. — La autoridad judicial dirige, en cualquier estado de la causa, a las partes o a sus abogados las peticiones que crea oportunas, invitándolos a aclarar sus conclusiones, a completar la exposición de los hechos y a indicar los medios de prueba más útiles.

En particular llama la atención de las partes sobre los puntos que deben ser examinados de oficio.

Si observa en los autos y en la documentación nulidades, irregularidades o faltas que puedan ser reparadas advierte de ello a las partes asignando a las mismas un término para que provean.

Al propugnar la ampliación de los poderes del Juez, Chioventa no renegaba de nada, como lo hace notar Alcalá-Zamora y Castillo. Se elevaba simplemente, contra los excesos y el ordenamiento del principio dispositivo (no contra el principio en sí rectamente aplicado), que ya en país tan poco sospechoso de germánofilia, como Francia, habían sido denunciados en 1906 por procesalista tan conservador como Tissier (28).

5) TISSIER Y EL MOVIMIENTO LEGISLATIVO MODERNO (28)

Al cumplirse el centenario del Código de Procedimiento Civil, francés, Tissier publicó en la "Revue Trimestrielle de droit civil", un interesantísimo estudio intitulado: "El centenario del Código de Procedimientos y los proyectos de reforma", donde examina el panorama legislativo moderno y

(28) ALCALÁ ZAMORA y CASTILLO, *La influencia de Wach y de Klein sobre Chioventa*, Revista de Derecho Procesal, año V, pág. 389.

(28) TISSIER, *Le centenaire du Code de procédure civile*, en la *Revue Trimestrielle de droit civil*, tome cinquième, année 1906.

con tal motivo critica la concepción *excesivamente individualista* de dicho Código.

Entre el sistema que establece la dirección del proceso por el juez y el que lo abandona a los litigantes, se muestra decididamente partidario del primero, señalando que la reforma debe incidir muy especialmente en la extensión de los poderes del juez, aumentando los de dirección material y procesal.

En nuestro sistema, dice Tissier, el juez tiene un rol casi siempre pasivo, sea para la marcha del progreso, sea para la reunión de los medios de prueba; deja a los litigantes tomar la iniciativa, mientras que el juez asiste impasible a esa lucha hasta el momento en que dicta la sentencia. El juez no conoce del proceso más que aquello que le quieren hacer conocer las partes y no busca saber más; él no se preocupa de ordinario de suplir la insuficiencia de la instrucción (excepcionalmente la ley autoriza a tomar de oficio medidas de instrucción: Cód. Proc. Civ., arts. 254, 295, 322 y Cód. Civ., arts. 1366 y 1367).

El rol del juez permanece en Francia, dice Tissier, bien diferente de aquel que se le ha dado en Inglaterra y Alemania. En estos países, el juez tiene siempre una participación activa en el procedimiento: es él quien lo dirige. En Francia, por el contrario, el procedimiento es dirigido por las partes y el juez tiene un rol puramente pasivo.

La Zivilprozessordnung austríaca de 1895, obra del célebre procesalista Franz Klein, representa según la apreciación de Tissier el mejor sistema de procedimiento civil del continente europeo, señala los poderes de dirección procesal y material acordados al juez por aquella ordenanza, verdadero modelo de legislación en la materia. Hace notar, igualmente, que la ley de procedimiento civil del Cantón de Ginebra, de 1819, acuerda amplios poderes al juez en la instrucción y dirección del proceso.

Observa Tissier que deben restringirse las facultades exa-

geradas que gozan los litigantes y dar al juez una mayor autoridad.

Tenemos en Francia. dice Tissier, una concepción *demandado individualista* del procedimiento civil. El Estado debe asegurar la justicia, procurando en lo posible que ésta sea rápida y eficaz; por ello, él debe intervenir en la instrucción del proceso. La dirección exclusiva del proceso por los litigantes mismos es uno de los restos de un estado social que ha desaparecido; ella no concuerda con el papel actual del Estado. Es necesario, pues, acrecentar los poderes de dirección del juez, dándole un rol más activo y una mayor iniciativa, para que pueda completar la obra de las partes en la búsqueda de los medios de prueba.

6) LA L. E. C. ESPAÑOLA DE 1855 Y SU REFORMA DE 1881

El art. 48 de la ley de enjuiciamiento civil de 1855, contenía una feliz concesión al principio inquisitivo, al regular las “medidas para mejor proveer”, instrumento de extraordinario valor al hacer posible que una sentencia sea realmente la expresión de la verdad y de la justicia. Con esta disposición se transformaba al juez de mero espectador inerte en elemento activo en la formación del material de conocimiento.

El legislador de 1855 introduce de esta manera una oportuna atenuación al principio dispositivo, en favor de la iniciativa del juez, al no permitir que la sola voluntad de los litigantes pueda determinar su comportamiento pasivo en la aportación de las pruebas y manera de obtener su convicción.

Este instituto destinado a dar óptimos frutos y que respondía a una verdadera exigencia de orden técnico, pasó a la ley de 1881, pero el cambio de orden sistemático le restó, posiblemente, la eficacia y la agilidad que entre disposiciones de carácter general podía brindar a la actividad jurisdiccional.

Las llamadas “diligencias para mejor proveer” (autos o providencias para mejor proveer) pasaron igualmente a los Códigos argentinos y americanos.

Nuestro Código de la Capital se inspiró en la ley de 1855, tomando de allí el texto y su sistemática. De ahí que este Código también infringe el principio dispositivo en favor de la iniciativa del juez, en cuanto le autoriza para realizar diligencias para mejor proveer, con el fin de completar el material de hecho aportado por los litigantes⁽³⁰⁾.

No cabe duda de que las medidas para mejor proveer fueron instituidas por el legislador de 1855 para salvar los errores más graves que la aplicación absoluta del principio dispositivo puede acarrear⁽³¹⁾.

7) LA ZPO ALEMANA Y LA REFORMA DE 1933

La ordenanza procesal civil ha sido objeto de una reforma fundamental por la ley del 27 de octubre de 1933, que introduce el deber de veracidad y la substitución del juramento por el interrogatorio no jurado o jurado de las partes.

Las limitaciones y atenuaciones más importantes del principio dispositivo se manifiestan en las facultades del juez para promover de oficio inspecciones oculares y pruebas periciales, pedir informes oficiales y la interrogación de las partes o la facultad de imponer de oficio la prestación de un juramento, esta última cuando el resultado de las pruebas practicadas no bastaren para obtener una convicción acerca de la verdad.

La ley de 1933 se inspiró en su orientación en la ZPO austriaca, que admite con amplitud la facultad del juez de interrogar, de ordenar la producción de documentos, de citar testigos, etc.

(30) GOLDSCHMIDT, *Derecho procesal civil* (prólogo del autor a la traducción española de Prieto Castro). Sobre esta importante materia existe una bibliografía valiosísima: COUTURE, *Teoría de las diligencias para mejor proveer*; SENTÍS MELENDO, *Las diligencias para mejor proveer*, en *Revista de Derecho Procesal*, 1944, segunda parte, pág. 126 y sigtes.; *Las diligencias para mejor proveer en el Anteproyecto Reimundín*, en *Revista de Derecho Procesal*, 1948, primera parte, pág. 172; GUASF, *Juez y hechos en el proceso civil*.

(31) PINA, *Principios de Derecho Procesal Civil*, pág. 181; GUASF, *op. cit.*, pág. 156.

8) LA REFORMA DEL PROCEDIMIENTO CIVIL FRANCÉS DE 1935

El sistema dispositivo que el Código de Procedimiento Civil francés ⁽³²⁾ había adoptado con todo rigor, ha sido su-plantado en parte, por el decreto-ley de fecha 30 de octubre de 1935, que —entre otras varias medidas tendientes a acelerar los procesos—, instituyó el juez denominado “Juge chargé de suivre la procédure”, dotándolo de la facultad de impulsión procesal; efectivamente, en virtud de lo establecido por el artículo 82, inciso e) del mencionado decreto-ley, el prenombrado magistrado puede ordenar determinadas medidas de información.

Este juez, dice Marc Ancel, recibe el encargo de “seguir el proceso”. No estará ya, por tanto, y como por el régimen anterior, a la disposición de las partes. Tendrá, por el contrario, un papel activo que desempeñar y no realizaría el deseo del legislador si no procurase activar la marcha del proceso.

Ahora bien, esto no puede realizarlo sino vigilando, de modo efectivo, el procedimiento que irán desarrollando las partes. Y, de este modo, aparece una noción nueva en el Derecho procesal francés: la noción de la “vigilancia del juez”.

En verdad, la reforma se ha hecho con gran prudencia y con el deseo evidente de no violentar nada. Pero esto no impide que en el título II del decreto-ley se perciba claramente un éxito de aquellos que, desde hace mucho tiempo, pedían que se dotase al juez francés de alguno de los poderes que las legislaciones extranjeras otorgan generalmente al magistrado ⁽³³⁾.

3) EL NUEVO CÓDIGO ITALIANO

El nuevo Código Procesal Civil italiano se caracteriza por su acentuada tendencia publicística y, como se sabe, amplía

⁽³²⁾ CARLOS J. COLOMBO, *La negligencia en la producción de las pruebas*, pág. 364.

⁽³³⁾ MARC ANCEL, *La reforma de procedimiento civil en Francia*, en Revista de Derecho Privado, enero-agosto de 1946, tomo XXIII, pág. 69.

considerablemente las facultades del juez; ello no ha significado la derogación del principio dispositivo, el que se mantiene y se manifiesta claramente en la regulación de diversos institutos.

Este Código establece el “*principio de la demanda*” en su art. 99: “quien quiera hacer valer un derecho en juicio, habrá de proponer demanda ante el juzgador competente”.

En este ordenamiento legal se ha realizado entre los poderes del juez y la iniciativa de las partes, un equilibrio paralelo y análogo a aquel que, en el campo del Derecho sustancial, se encuentra logrado entre la autonomía de la voluntad privada y la intervención de la autoridad pública.

El concepto informador que constituye la base de tal reforzamiento de los poderes del juez, es el siguiente: libres las partes de no pedir la tutela jurisdiccional, y libres, igualmente, siempre que estén de acuerdo de renunciar a ella, aun después de haberla pedido; pero, una vez puesta en movimiento la máquina de la justicia, la velocidad de marcha de la misma no puede ya depender de la velocidad de las partes, y el juez debe estar provisto de todos los poderes necesarios para el más cuidadoso y leal desarrollo del proceso.

Entre el sistema del impulso de parte y el del impulso oficial, el nuevo Código italiano introduce un sistema intermedio, dice Calamandrei, que se podría llamar del “impulso de parte estimulado por el juez”.

En este Código el principio dispositivo ha encontrado atenuaciones y limitaciones notables, en lo que se refiere a la aportación del material probatorio.

Observa Calamandrei que, en general, el conferir al juez el poder de escoger y de utilizar por sí los medios de prueba que considere más idóneos para constatar la verdad “en el ámbito delineado por las peticiones de las partes”, no está en oposición con el carácter disponible de la relación controvertida; el poder de disposición de las partes se manifiesta en señalar los límites del “*thema probandum*”, pero dentro de esos límites, el reconocer al mismo juez que debe indagar sobre la

verdad de los hechos alegados por las partes, una cierta autonomía en la elección de los métodos de investigación, aparece como una necesidad de orden técnica, que no tiene nada que ver con el respeto de la voluntad de las partes (34).

10) EL CÓDIGO BRASILEÑO (35)

En lo concerniente a la formación del material de cognición y dirección del proceso, el nuevo Código brasileño, fiel al pensamiento de que el proceso se destina más bien a la preservación del Derecho objetivo que a la defensa del derecho subjetivo de los litigantes, realizó sensibles modificaciones en el sistema procesal anterior, ampliando considerablemente la esfera de actividad del juez (36).

El juez continúa sometido a las alegaciones de las partes, no permitiéndosele juzgar sino de acuerdo con lo alegado y probado.

Al juez no le es lícito, igualmente, considerar hechos no alegados por las partes; pero, una vez alegados podrá proveer libremente y ex propia autoritate, en lo que se refiere a la prueba de los mismos, determinando las diligencias que le parezcan necesarias a ese fin (37).

11) EL NUEVO CÓD. FED. DE PROC. CIV. DE MÉXICO

El nuevo Código Federal de Procedimientos civiles de México, en su art. 79 dispone lo siguiente: "Para conocer la verdad, puede el juzgador valerse de cualquier persona, sea parte o tercera, y de cualquier cosa o documento, ya sea que perte-

(34) CALAMANDREI, *Instituciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo Código* (traducción de Santiago Sentis Melendo), pág. 362.

(35) JOAO BONUMÁ, *Direito Processual Civil*, t. I, págs. 38 y 375.

(36) PEDRO BAPTISTA MARTINS, *El poder del Juez en el Código del Proceso Civil Brasileño*, en *Revista de Derecho Procesal*, t. I, primera parte, pág. 73.

(37) PEDRO BAPTISTA MARTINS, *El poder del Juez...*, pág. 73.

nezca a las partes o a un tercero, sin más limitaciones que la que las pruebas estén reconocidas por la ley y tengan relación inmediata con los hechos controvertidos”.

La exposición de motivos, precisa esta nueva dirección doctrinaria-legislativa al consignar que “debe otorgarse la más amplia libertad a los juzgadores para recabar las pruebas que estimen indispensables para el dictado de un fallo acorde con la realidad de las relaciones jurídicas que ligan a las partes fuera del proceso, y no con una falsa o parcial apariencia de esa realidad, como puede resultar de los autos, por la malicia o torpeza de los litigantes”.

La reforma de Chile

Varias disposiciones del Código chileno han sido modificadas y tienden a dar al juez un necesario rol activo; con este criterio se modifican los artículos 86 y 87.

Como lo hace notar el diputado informante:

“Los jueces dejarán de tener el rol pasivo que actualmente tienen en materia civil y podrán en algunos casos y deberán, en otros, asumir un papel activo y corregir de oficio deficiencias procesales”.

Precisando el alcance de esta innovación, que tiene una importancia doctrinaria manifiesta, agrega el doctor Correa Letelier:

“Se faculta expresamente, en el artículo 87, al tribunal para corregir determinados vicios que existan en el proceso, evitando con ello una nulidad. Por ejemplo, dice la ley que el juez podrá corregir de oficio el vicio consistente en la incapacidad de las partes, como sería el caso de una mujer casada que compareciese en juicio sin la autorización de su marido, y en el cual es frecuente que poco antes de llegarse a la sentencia se pida la nulidad de todo lo obrado hasta entonces, fundado en la incapacidad de la mujer. Actualmente el juez está impedido para evitar esta nulidad. Pero con esta reforma el juez queda habilitado para dictar aquellas providencias que sean

necesarias para sanear el procedimiento. Así, por ejemplo, en el caso citado el juez queda autorizado en virtud de esa modificación del artículo 87 del Código, para exigir que se ratifique por el marido todo lo obrado en el juicio por su mujer, sin autorización."

Si bien la reforma de Chile mantiene en sus líneas generales el sistema vigente, introduce innovaciones que ofrecen verdadero interés científico, como es la extensión de los poderes del juez, con lo cual éste deja de tener un rol pasivo en el desarrollo del proceso (38).

El proyecto Couture

En las "Bases" de la reforma, que contenían el programa general de la misma con propósito de orientación general y sin perjuicio de las rectificaciones oportunas en la elaboración definitiva del cuerpo legal, se reconocía la conveniencia de "reforzar los poderes del juez", por razones de orden técnico y además, "porque esta solución es genuinamente democrática y tiene en Inglaterra y en los Estados Unidos sus más altas expresiones" (39).

Es de mayor interés conocer la posición del Proyecto frente al problema de los poderes del juez, "uno de los problemas más delicados de la reforma" (40).

Couture ha cuidado de no reforzar "excesivamente" estos poderes, evitando de esa manera de dar a la reforma un tono autoritario que estaría en pugna con la línea política de orientación adoptada.

En el Proyecto se advierte fácilmente una evidente preocupación por asegurar la vigencia de los postulados clásicos del principio dispositivo mediante textos específicos y, por otra

(38) REIMUNDÍN, *La reforma procesal en Chile*, en Revista de Derecho Procesal, año II, primera parte, pág. 79.

(39) COUTURE, *Proyecto de Código de Procedimiento Civil*, págs. 24 y 90.

(40) COUTURE, *Proyecto*, pág. 90.

parte, en forma constante se ratifican expresamente en la Exposición de motivos (41).

Es así como el artículo 2 responde a las máximas “ne procedat iudex ex officio” y “nemo iudex sine actore”, encontrándose redactado en los siguientes términos: “La iniciación del proceso incumbe a las partes. El juez lo iniciará de oficio sólo cuando la ley lo establezca”.

El principio de iniciativa, encuentra en el Proyecto Couture una concreción y precisión conveniente sobre la fórmula ya consagrada en el Código de organización de los tribunales.

En las “Bases” se recuerda que la iniciativa y la disponibilidad del proceso debe permanecer en manos de las partes, deslindándose perfectamente estos conceptos en la Exposición de motivos.

El artículo 203 agrega que el juez “no podrá decidir más que las cuestiones deducidas”.

Pero el mantenimiento de soluciones típicamente dispositivas, en numerosos textos, no han impedido las necesarias concesiones al principio de autoridad.

El Proyecto (art. 3º) comienza por confiar al juez la dirección del proceso (principio de dirección).

Entre el juez actual y el juez del proyecto existe, indudablemente, una diferencia de concepto. Según el Proyecto el juez no debe ser de ningún modo, el sujeto pasivo o espectador impasible.

Diversas disposiciones integran el cuadro general de los poderes del juez. Son bien significativas aquellas que autorizan al juez para llamar a las partes a fin de interrogarlas sobre los hechos del proceso (art. 170); igualmente al testigo, en cualquier momento (art. 169); y finalmente, aquellas que autorizan al juez para disponer de oficio la inspección judicial (art. 189); calcos, relevamiento, reproducciones y fotografías

(41) COUTURE, *Proyecto*, págs. 24, 55 y 84.

de objetos, documentos y cosas(art. 192) y “cualquier prueba que considere indispensable para mejor proveer” (art. 198), etcétera.

ORIENTACIÓN GENERAL DE NUESTRA LEGISLACIÓN

a) *La ley federal de procedimientos de 1863*

Encontramos preceptos que atribuyen al juez una serie de facultades y deberes de instrucción no comunes, invistiéndolo en este sentido, dice el doctor Sartorio, del dominio formal del proceso.

Su artículo 102, casi inadvertido por la doctrina y la jurisprudencia, dice Sartorio, que autoriza al juez, para el caso de que las partes no pidieran las diligencias necesarias de prueba, a suplir esa inactividad, negligencia u olvido, ordenándolas de oficio, por propia iniciativa, sin restricciones, en procura del descubrimiento de la verdad (42).

Esta ley, si bien respeta en principio la iniciativa e impulso procesal de las partes, tiene asimismo, agrega Sartorio, como característica diferencial de todas las leyes, argentinas anteriores y posteriores, “una acentuada modalidad de Derecho público, inquisitivo u oficial, que impone al juez categóricos deberes de constante, inmediato y activo conocimiento del proceso, invistiéndolo con las consecuentes y necesarias facultades de contralor y dirección” (43).

El artículo 16 autoriza a los jueces a dictar diversas medidas probatorias: “para mejor proveer”. Pero el artículo 102, “bienta el más trascendental y firme principio de su declaración régimen de Derecho público jurisdiccional” (44). Dice así: “Si las partes no pidieren las diligencias necesarias de prueba, el juez podrá ordenar de oficio:

1º) Que los litigantes o uno de ellos, juren posiciones.

(42) SARTORIO, *De la prueba de testigos en el procedimiento federal*, pág. 28.

(43) SARTORIO, *op. cit.*, pág. 164.

(44) SARTORIO, *op. cit.*, pág. 165.

- 2º) Que se practique reconocimiento de peritos, inspección ocular y cotejo de documentos.
- 3º) Cualquiera otra diligencia probatoria que sea conducente al descubrimiento de la verdad”.

El Juez Federal argentino, como órgano del Estado, con suficientes poderes jurisdiccionales, de orden público, dice Sartorio, “está autorizado a realizar de oficio una amplia averiguación de la verdad del proceso, en miras a un interés superior de justicia, sin atender a si suple o no la inactividad voluntaria o involuntaria de las partes” (45).

b) *Los proyectos y códigos modernos*

Especial consideración merece el Proyecto Jofré, que en su tiempo fué considerado revolucionario, y que se caracteriza por su orientación publicística, ampliando considerablemente los poderes del juez como director del proceso.

El artículo 25 de este proyecto consagra una fórmula amplísima y su texto es el siguiente: “El procedimiento lo dirige el juez, salvo los casos de excepción, y a ese efecto debe: adoptar las medidas necesarias para el esclarecimiento de los hechos, a fin de pronunciar una resolución justa; mantener la igualdad entre las partes; y adoptar las medidas necesarias para obtener celeridad y economía en el juicio.

“Puede proceder de oficio en cualquier estado de la causa, a fin de que: comparezcan las partes, peritos o terceros; que se agreguen o exhiban documentos existentes en poder de las partes o a que las mismas se hayan referido; de que se acumulen dos juicios conexos; o de que la discusión se limite a una o más excepciones o puntos controvertidos.”

El proyecto de la Federación de Colegios de Abogados, en el capítulo V bajo la rúbrica: “Deberes del juez”, regula los poderes de dirección (debiera en rigor titularse: “Pode-

(45) SARTORIO, *op. cit.*, pág. 165.

res y deberes del juez”, como lo hizo Jofré) y su fórmula es análoga a la anterior.

El proyecto Nazar se aproxima al de Jofré en su art. 81, cuando establece que el juez puede proceder de oficio y lo faculta para ordenar cualquier diligencia probatoria que juzgue necesaria para esclarecer el derecho de las partes.

Podetti, en “Bases para una reforma del proceso civil”, ya había señalado la necesidad de que el principio dispositivo y de impulsión a cargo exclusivo de las partes, ceda algo al de investigación e impulsión judicial, en las normas generales (producción de la prueba, marcha automática del proceso, preclusión y perención de oficio, etc.) (46).

Más tarde, en “Teoría y técnica del proceso civil” (47), define el principio dispositivo diciendo que consiste en la facultad exclusiva del individuo de reclamar la tutela jurídica del Estado para su derecho, y la facultad concurrente del individuo con el órgano jurisdiccional, de aportar elementos formativos del proceso y terminarlo o darle fin.

Dentro de esta doctrina, las partes y el juez deben tener facultades paralelas en la investigación de la verdad y en el desarrollo del proceso (48).

El Proyecto Lascano consigna, igualmente, que el juez debe dirigir el procedimiento, estando facultado expresamente para disponer cuanto sea necesario para esclarecer la verdad de los hechos y para asegurar a la causa una decisión conforme a justicia (art. 18).

Esta orientación, que con el consiguiente aumento de las facultades del juez, tiende a transformarlo de espectador inerte en director del proceso, se observa en nuestros Códigos más recientes (Cód. de Santa Fe, arts. 81, 82 y 85 y Santiago del Estero, arts. 93, 95, 96 y 347).

(46) *PODETTI, Bases para una reforma del proceso civil*, pág. 11.

(47) *PODETTI, op. cit.*, pág. 74.

(48) *PODETTI, op. cit.*, pág. 74.

c) *El Segundo Congreso de Derecho Procesal celebrado en Salta.*

Entre los despachos aprobados cabe recordar el relativo al tema III: "Bases uniformes de la reforma de los Códigos Procesales Civiles", en cuyo punto V se declara que es conveniente ampliar los poderes del juez, estableciendo que éste podrá:

a) Impulsar de oficio el procedimiento, sin perjuicio de mantener el principio dispositivo.

b) Disponer en cualquier estado de la causa el examen de personas o cosas vinculadas al proceso, siempre que no se ejerza violencia sobre la persona ni se cause perjuicio moral o material.

c) Ordenar la agregación de documentos en poder de las partes o de terceros, con las mismas limitaciones.

d) Si las partes no pidieron las diligencias necesarias de prueba, ordenar de oficio las que estime conducentes al esclarecimiento de la verdad, siempre dentro de las limitaciones precitadas.

e) Determinar el número de testigos según la naturaleza y circunstancias del caso.

CONCLUSIONES

1. El concepto moderno del derecho de acción, en sentido iuspublicista, es incompatible con el principio de pasividad del órgano jurisdiccional.
2. El aumento de las facultades del juez en la instrucción del proceso civil se presenta, entre nosotros, como una necesidad de orden técnico y como una consecuencia de los conceptos actuales de jurisdicción, acción y proceso.
3. No existe incompatibilidad alguna entre la concepción publicística del proceso y el principio dispositivo.
4. No puede haber derogación del principio dispositivo (y del principio de la autonomía de la voluntad privada), en

el ámbito de un ordenamiento procesal cualquiera de orientación publicística, si la iniciación del proceso por el planteamiento de la demanda se encuentra reservada a las partes: “Nemo iudex sine actore” y “Nemo invitus agere cogatur”; y donde el juez deberá mantenerse dentro de los límites del “*thema probandum*” fijado por las partes.

5. Deben otorgarse al juez las facultades necesarias para la dirección del proceso y la preparación del material de conocimiento, a fin de que como órgano del Estado pueda cumplir plenamente con la función jurisdiccional que la ley le impone.

RICARDO REIMUNDIN

