

Repensando la prueba de oficio[1][2]

Glauco Gumerato Ramos*

1. Ubicación del problema y la hipótesis de análisis [\[arriba\]](#)

La propuesta de este texto es discutir hasta que punto la prueba judicial dispuesta de oficio guarda compatibilidad constitucional con el principio del due process of law y sus derivados, en especial la imparcialidad y la imparcialidad[3] que debe orientar la actuación del juez en el curso del proceso.

En el constitucionalismo moderno es indudable que la misión del Poder Judicial, a través de sus jueces, es actuar de modo de evitar la lesión o amenaza de derechos (Constitución de Brasil, art. 5º, XXXV). A través del sistema de checks and balances (= frenos y contrapesos) consagrado - y no creado, conviene recordar - a partir de las ideas de Montesquieu, se sabe que la actuación del Poder Judicial deberá estar legitimada en la autorización que le concede el Legislador, y todo desde una perspectiva constitucional.

Es ese el punto que merece reflexión y donde está radicada la “tesis” que aquí será defendida.

Proyectando para el ambiente del proceso jurisdiccional el control del Poder a través de la dinámica de la tripartición, tengo para mí que el sistema de enjuiciamiento constitucionalmente más legítimo sería aquel en que, para la formación del pronunciamiento definitivo del Poder Judicial, el procedimiento se desenvuelva ante jueces (=personas físicas) distintos. Es decir: debe haber un juez para la urgencia, uno para la instrucción y uno para la sentencia, que deben actuar en sus respectivas etapas de competencia. Este sistema de enjuiciamiento[4] - que en su esencia debe prevalecer tanto en el proceso civil, como en el penal - creo que podría ser denominado sistema de enjuiciamiento escalonado o procedimiento judicial funcionalmente escalonado.

A través de ese sistema de enjuiciamiento escalonado (=o procedimiento judicial funcionalmente escalonado) el resultado de la actividad jurisdiccional (=sentencia) sería precedido por etapas en las cuales sería posible un mayor grado de imparcialidad funcional del juez - ya que es imposible alcanzar la imparcialidad subjetiva -, legitimando la jurisdicción (=Poder) ante el debido proceso legal (=Garantía).

En los sistemas de enjuiciamiento que conocemos, el desenvolvimiento del proceso rumbo a la formación del pronunciamiento de mérito queda a cargo y bajo el “gobierno” de un único juez - persona física - que ejerce solo toda la magnitud del Poder que la Constitución confiere al Poder Judicial. Es claro que el sistema recursivo, en cierta medida, acaba viabilizando un procedimiento escalonado, ya que el pasaje en cosa juzgada ocurrirá, de regla, después del curso del proceso por dos grados de jurisdicción. Pero el hecho es que la etapa más importante del procedimiento dirigido a la formación de la sentencia ocurre ante el mismo y único juez, cuyo sistema procesal le otorga el enorme Poder de deferir la tutela de urgencia, de dirigir el procedimiento probatorio - inclusive con amplios poderes inquisitivos - y al final, y después del natural e innegable estremecimiento subjetivo de su imparcialidad, todavía tendrá el Poder de sentenciar sobre el mérito.

Nótese que el sistema de frenos y contrapesos surge en la teoría política exactamente como técnica de limitación del poder hasta entonces concentrado en las manos de aquél que, grosso modo, ejecutaba, legislaba y juzgaba, convirtiéndose en un ser político omnipotente cuyo “gobierno” necesariamente

arbitrario - para el bien o para el mal, mas indiscutiblemente arbitrario - regía la vida de los demás.

Nosotros los procesalistas no advertimos que un sistema en el cual se permite al mismo juez (=persona física) i) conceder tutela de urgencia, ii) dirigir el procedimiento probatorio inquisitivamente y al final iii) pronunciarse sobre el mérito, evidentemente es un sistema perverso que viabiliza la figura de un super juez autorizado a decretar un acto de poder (=sentencia) en la exacta medida de su arbitrio. En otras palabras, el juez “gobierna” el escenario procesal absolutamente solo, y a pesar de que sus actos sean impugnables a través de recurso, la verdad es que la sentencia decretada resultará de su exclusiva “presidencia” del proceso.[5] Resulta importante destacar que en el ámbito del proceso penal la enseñanza de la doctrina es que cada vez más se organicen sistemas procesales fundados en el modelo acusatorio, mezclando (=modelo mixto), o mismo dejando de lado, el modelo inquisitivo que por siglos rigió y del cual aún se tienen registros en algunos países de América Latina.

Recientemente, Ada PELLEGRINI GRINOVER fue categórica en reconocer que en el proceso penal el “mantenimiento del juez en las diversas fases del proceso puede contaminar su imparcialidad”, tal como ocurre, por ejemplo, en Brasil, Honduras, México, Paraguay, Uruguay y Venezuela, pues en esos países “el juez de las investigaciones preliminares y de la recepción de la acusación es el mismo que juzga la causa”. Y por eso, prosigue la profesora de la Universidad de San Pablo, “es forzoso reconocer que no siempre la estructura del proceso penal es consecuente con la imparcialidad.”[6]

Y si en el proceso penal la doctrina reconoce esa distorsión, no existe ninguna razón de orden constitucional, jurídica o política para que esa misma lógica de raciocinio sea alejada del proceso civil.

En ese panorama se vuelve imperioso que el sistema de enjuiciamiento sea estructurado a partir de dos valores constitucionales fundamentales: la jurisdicción (=Poder) y el debido proceso (=Garantía). La prevalencia de uno de esos valores sobre el otro hará que el producto de la actividad desarrollada por el Poder Judicial carezca de legitimidad constitucional, aunque la práctica demuestre que no siempre exista ese necesario equilibrio entre poder y garantía.

Fundado en esas premisas intentaré demostrar que la prueba de oficio hiere la imparcialidad del juez y rompe con la lógica dialéctica del proceso que necesariamente está fundada en el debate entre dos sujetos parciales (=demandante y demandado) ante un sujeto imparcial (=juez), donde cada cual tiene sus poderes y facultades vinculados a la cláusula del debido proceso y, por lo tanto, a la Constitución.

Habiendo el orden constitucional ordenado al Poder Judicial juzgar “bien”, estableciendo que la jurisdicción debe actuar de modo de evitar la lesión o amenaza a derechos, es evidente que habrá situaciones en que el órgano judicial deberá tener una actitud más contundente de modo de hacer que el Poder Judicial cumpla su función constitucional. Pero dependiendo de la amplitud de esa actuación, inmediatamente deberán incidir todos los mecanismos del debido proceso para que la decisión a ser dictada por el Poder Judicial se legitime en la perspectiva del balanceamiento en el que Poder y Garantía se complementen, ya que son valores constitucionales y democráticos igualmente relevantes. O, en otros términos, la sentencia final debe ser dictada por otro juez - persona física - debidamente inmunizado por la imparcialidad funcional.

En suma, después de reconocer que la prueba de oficio sólo se justifica en un ambiente de excepcionalidad, y que una vez determinada herirá de muerte a la imparcialidad judicial, será propuesto el sistema de enjuiciamiento escalonado (=o procedimiento judicial funcionalmente escalonado) como legítima alternativa a ser pensada.

Y el proceso desarrollado en procedimiento escalonado se convertirá en un método de debate rigurosamente organizado en la perspectiva de la jurisdicción y del debido proceso legal, del poder y de la garantía, por lo tanto.

2. La prueba de oficio en el marco del debate activismo vs. garantismo [\[arriba\]](#)

La producción de un medio de prueba dispuesto por iniciativa del juez - por lo tanto, sin requerimiento de la parte - es lo que en sede doctrinaria genéricamente se denomina prueba de oficio. Tal posibilidad es proyección de los poderes instructorios amplios que según la doctrina moderna tiene el juez[7]. Es decir, no habiéndose la parte interesada encargado adecuadamente de la producción de la prueba dirigida a la demostración del hecho constitutivo, impeditivo, extintivo o modificativo del derecho alegado, podrá el juez disponer la producción de cierto medio de prueba que le parezca conveniente para demostrar el hecho del cual surge la pretensión del demandante o la resistencia del demandado. O sea, el juez practica un acto procesal (=demostración/confirmación de hechos) que el sistema de enjuiciamiento reserva a la iniciativa de la parte como verdadera carga.

En líneas generales los fundamentos de esa concepción se reúnen en ciertos argumentos como: i) el juez tiene el compromiso constitucional de juzgar bien; ii) la búsqueda de la verdad real sería un deber del juez para que le sea posible dictar una sentencia “justa”; iii) debido al carácter publicístico del proceso, el juez debe actuar de manera de suplir las eventuales deficiencias técnicas de la parte; iv) cuando el juez dispone la prueba de oficio no sabe exactamente a cual de las partes el respectivo hecho, una vez probado, podrá beneficiar (=principio de la adquisición). Esa postura oficiosa encuentra sus raíces en un sistema de enjuiciamiento de carácter inquisitivo (=inquisitorial system), donde la figura del juez aparece con preeminencia por sobre las partes y sus intereses dispositivos, y revela una concepción altamente publicística del proceso civil, en lo que en particular (=carácter público del proceso) no discrepo.

En la perspectiva de la doctrina brasileña es casi una herejía afirmar que el juez del proceso civil NO puede ejercer poderes instructorios de oficio. Y hasta hace poco tiempo atrás yo no osaría discrepar con esa proposición. Pero aprendí que ella es correcta para la misma doctrina que jamás me enseñó que esa posibilidad esconde un inocultable arbitrio judicial (para bien, o para o mal) y que tiene sus raíces históricas fundadas en la hipertrofia con que Franz KLEIN dotó al CPC austríaco en el final del siglo XIX, como llamó la atención Franco CIPRIANI, en 1995, en su hoy clásico texto *Nel centenario del Regolamento di Klein (Il processo civil tra libertà e autorità)*. En este texto el profesor ordinario de Derecho Procesal Civil de la Universidad de Bari (Italia) afirmó que “el Reglamento de Klein tuvo un largo período de *vacatio legis* para preparar bien a los jueces con ‘mano dura’, al mismo tiempo en que pretendió ‘amansar’ a los abogados que, en la Viena de 1897, pretendían rebelarse contra la entrada en vigencia del nuevo reglamento”[8]. CIPRIANI va más allá y “advierde sobre la influencia del Reglamento de Klein en la formación ideológico-política del CPC de la Italia de 1940, surgido en el auge del nazi-fascismo de aquél país, así como la influencia de ese CPC austríaco en otros códigos que se le siguieron”[9]. A propósito, en la Exposición de Motivos del CPC brasileño de 1973, el entonces Ministro de Justicia Alfredo BUZAID relata esa misma influencia.

Entre otros temas, la temática de los amplios poderes instructorios del juez en el proceso civil (=prueba de oficio) gravita en el centro del caliente debate “activismo judicial versus garantismo procesal”, de gran impacto por toda la América española, y con alguna repercusión en España, Italia y Portugal, pero muy poco - o casi nada - tratado por la doctrina brasileña. En suma, se discute si el juez con exceso de poderes tiene legitimidad frente a la cláusula del debido proceso legal, que tiene como una de sus consecuencias la aséptica imparcialidad del órgano jurisdiccional.

En líneas generales el debate activismo versus garantismo gira en torno: i) de los aspectos ideológicos del proceso civil, ii) de sus sistemas de enjuiciamiento - inquisitivo o dispositivo[10] (inquisitorial system e adversarial system)[11] -, iii) del papel del juez y de las partes en la relación procesal, iv) de la dimensión constitucional de la jurisdicción, v) del contenido y del significado del debido proceso legal, vi) de la garantía constitucional de la amplia defensa y el contradictorio, entre otros.

En la actualidad, el debate activismo versus garantismo divide a la doctrina del proceso civil de la América hispano-parlante y genera disputas y/o polémicas doctrinarias - a veces hasta con disparos cruzados - que acaba por apartar a los procesalistas en verdaderas “trincheras ideológicas”.

Para una rápida comprensión de aquello que es defendido por cada una de las corrientes, es posible adelantar que el activismo judicial defiende una postura más contundente del juez para resolver problemas que muchas veces no cuentan con adecuada solución legislativa. Es decir: se otorga al magistrado un poder creativo que en último término valoriza el compromiso constitucional de la jurisdicción, y ello aunque no exista previsión legal que lo autorice a la respectiva actuación. En tanto, el garantismo procesal defiende una mayor valorización de la categoría fundamental proceso, y consecuentemente de la cláusula constitucional del due process, de modo de valorizar la amplia defensa, el contradictorio y la imparcialidad del juez, como los pilares de legitimación de la decisión jurisdiccional a ser dispuesta. Para el activismo, el juez debe actuar de manera de resolver problemas en el curso del proceso, y ello independientemente de la diligencia de la parte en postular por las respectivas soluciones, exista o no autorización legislativa para la actuación del juez. Para el garantismo, el proceso es un método en el cual el resultado dependerá del efectivo debate entre las partes y de su diligencia en la realización de las correspondientes actividades. Los garantistas buscan aplicar las bases dogmáticas del garantismo de Luigi FERRAJOLI al derecho procesal civil[12], y como afirma Adolfo ALVARADO VELLOSO, la utilización del sustantivo garantista para denominar esa corriente de pensamiento fue inspirada, de hecho, en el garantismo del que habla el profesor italiano.[13]

Teniendo en cuenta - al menos así me parece - que NO es posible aislar las posturas activistas y garantistas de forma maniqueísta[14], es de fundamental importancia la conjugación de los respectivos valores para que las manifestaciones del juez en sede de procedimiento probatorio lo sean de acuerdo con el poder que le es propio (=jurisdicción) y con la garantía de que ese poder será ejercido dentro de criterios democráticos previamente establecidos (=debido proceso legal).

Cada vez más vengo pensando que la investidura del juez en el sentido de determinar cierto medio de prueba de oficio, aunque que técnicamente posible para que el Poder Judicial cumpla su misión constitucional de bien juzgar, debe estar acompañada por la garantía, dirigida a las partes, de que el juez que actuó de esa manera se aparte - también de oficio - para que la sentencia a ser dictada lo sea por otro juez funcionalmente imparcial. Es por eso que creo que el

procedimiento judicial funcionalmente escalonado - como lo llamamos antes - sería una alternativa a ser pensada. En ese sentido, el juez que dirigiese la instrucción, y eventualmente dispusiera una prueba de oficio, NO podría dictar la sentencia sobre el *meritum causae*. Con la técnica del procedimiento escalonado el sistema de enjuiciamiento podría ofrecer al justiciable la garantía concreta de que el juez que dispuso la prueba de oficio, o incluso aquél que haya dispuesto una tutela de urgencia, no sería el mismo que dictaría la sentencia definitiva para resolver el litigio. O, en otras palabras, el juez de la sentencia sería un juez funcionalmente imparcial por no haber participado en las etapas que preceden al juzgamiento del mérito. La imparcialidad judicial, a propósito, está garantizada en las más diversas Constituciones contemporáneas y en las reglas generales del derecho internacional (Pacto de San José de Costa Rica, por ejemplo).

3. Prueba de oficio, imparcialidad e imparcialidad [\[arriba\]](#)

No tengo duda de que los defensores de la prueba de oficio dispuesta por el mismo juez que deba dictar la sentencia sustentan esta posibilidad pretendiendo un juzgamiento lo más correcto posible, de acuerdo con la mejor reconstrucción fáctica que se pueda realizar en el proceso. Yo también pensaba exactamente así hasta hace poco tiempo atrás, y confieso que continuo pensando de esa manera.

Pero después de algunas reflexiones motivadas por el garantismo procesal, pregunto: ¿es creíble suponer que el juez permanece con su imparcialidad absolutamente inamovible cuando dispone la prueba de oficio, realizando, por lo tanto, actividad que sería propia de la parte, y, en la secuencia, dicta sentencia con base en la prueba por él dispuesta? Seriamente no creo que la respuesta a esa interrogante pueda ser SI.

Por mejor que sea la intención del juez cuando utiliza sus poderes instructorios *ex officio*, lo cierto es que su postura activa fue fomentada por la duda en cuanto a la existencia del hecho en que se funda el derecho pretendido o resistido. Si, al contrario, el estado espiritual del juez fuera de certeza, ciertamente no dispondría la producción de la prueba de oficio. Y si existe duda en cuanto a los hechos aportados por las partes es porque el juez siente la certeza derivada de la parcialidad que el debido proceso legal impide invada el juicio propio de su función. Si frente a la realidad fáctica construida en el proceso el juez no se convence del hecho constitutivo del derecho alegado, la única conclusión a que se puede llegar es que él - juez - tiene la CERTEZA de que el derecho postulado no puede ser concedido. Y frente a la prohibición del *non liquet* deberá aplicar la regla de juzgamiento^[15] - ¡y no de prueba! - prevista, en el caso brasileño, en el art. 333 del CPC.^[16]

Por otro lado, si la CERTEZA de que el derecho no puede ser concedido deviene de la insuficiencia del procedimiento probatorio en demostrar el hecho constitutivo del respectivo derecho, y, en ese caso, el juez se vale de sus poderes instructorios - dispone el interrogatorio de la parte, o el interrogatorio de testigos referidos, o dispone una pericia -, entonces es por que su CONVICCIÓN le sugiere que la parte a quien correspondía cumplir con la carga de la demostración del respectivo hecho no lo hizo adecuadamente, y eso denota una inevitable parcialidad en la conducción del procedimiento probatorio. Ni siquiera el reiterado argumento de que “el juez no sabe a quien la prueba podrá beneficiar” (=principio de la adquisición) es capaz de revertir la lógica de que su necesaria y constitucionalmente impuesta imparcialidad fue estremecida.

La imparcialidad judicial puede ser vislumbrada en una doble dimensión: subjetiva y funcional. El mantenimiento de la imparcialidad subjetiva es utópico y no existe terapéutica procesal que permita alcanzarla; cada uno de nosotros tiene sus

preconceptos con respecto a los hechos de la vida, su ideología, sus preferencias, y por cierto el juez al que se le depara el juzgamiento de un caso concreto ya sabe como resolverá el mérito. Por otra parte, la imparcialidad funcional debe ser garantizada y la terapéutica está prevista en el sistema procesal a través de la excepción de inhibición o recusación (CPC brasileño, art. 312-314)[17]. Tan cierto es que el proceso, como hecho jurídico que es, podrá producir una cosa juzgada que en un plano de validez termine afectada por el vicio de la parcialidad cuando el respectivo juzgamiento fue proferido por un juez no imparcial. Por eso mismo el sistema procesal prevé la sanción de anulabilidad que podrá ser invocada por el perjudicado para la revocación de la res judicata, que en el caso de Brasil opera a través de la denominada acción rescisoria (CPC, art. 485, I y II)[18].

4. La intermediación como factor de contaminación subjetiva del juez [\[arriba\]](#)

Uno de los dogmas históricos del proceso es la intermediación y la consecuente identidad física del juez. Esas categorías se convirtieron en verdaderos principios procesales. La intermediación se asienta en el imperativo de que la observación *ictu oculi* en el diligenciamiento de la prueba oral es más eficiente para que el juez perciba la sinceridad, la vacilación, los temores, etc., de aquellos que frente a él se presentan para tal fin. Por su parte, la identidad física impone al mismo juez - persona física - que esté presente en todas las etapas procedimentales hasta el dictado de la sentencia de mérito.

CHIOVENDA nos da noticia de que la - llamémosla así - técnica de la intermediación surgió como consecuencia natural del proceso civil romano, que era de carácter eminentemente oral[19]. Viene de esa época la recomendación del Emperador Adriano para que los jueces interrogasen directamente a los testigos, pues “el valor de los testigos que deponen en persona es muy diferente del valor de las actas que se acostumbra leer”[20] (fr. 3, § 3º, Dig. de test.).

Es también de CHIOVENDA la constatación de que el proceso oral romano era concebido como un proceso en el cual el juez de la decisión debería ser “aquél que recoge los elementos de su convicción, quiere decir, el que interroga a las partes, a los testigos, a los peritos, y examina por sus propios ojos los objetos y lugares de la controversia (principio de la intermediación). Para que eso sea posible, se impone que el juez sea la misma persona física del principio al fin del tratamiento de la causa (principio de la identidad física)”.[21]

A partir del siglo XII, y frente a la formación del proceso común (=proceso romano + proceso canónico + proceso germánico), la mentalidad formalista germánico-longobarda no aceptaba con facilidad la idea de un juzgamiento libre derivado de la observación y de la crítica personal del juez, fundada en una autonomía individual absoluta. Es en esa época que surge la necesidad de vinculación del juez a un sistema probatorio apriorístico y formal que culminó en aquello que pasó a la historia del proceso como sistema de la prueba legal[22]. Poco después la oralidad fue sustituida por la escritura e incluso el proceso primitivo germánico-longobardo, cuya oralidad era fruto de la ignorancia de los respectivos pueblos, incorporó en su dinámica la escrituración a través de actas y la vinculación del juez a ellas, consagrando el sistema de la prueba legal sobre la libre convicción que caracterizaba al procedimiento probatorio del proceso romano oral.[23]

PÉREZ RAGONE destaca que también en el siglo XII el proceso común, aquello que refería a su perfil romano-italico, ejerció cierta influencia en la formación del proceso civil medieval inglés con la llegada a Inglaterra del jurista longobardo VACCARIUS, de 1143. Este trajo consigo un basto conocimiento del derecho romano derivado de la codificación del Corpus Juris, así como de la dinámica del procedimiento longobardo. Bajo el reinado de Enrique II (1133-1189), sumando la

influencia de VACCARIUS, el proceso medieval inglés cambió radicalmente su paradigma para dejar de lado el anterior modelo procesal anglosajón que identificaba al proceso como algo de interés exclusivo de las partes - que sólo a ellas interesaba - y con la participación del juez desempeñando un papel bastante pasivo en el curso del procedimiento[24]. Nótese que el movimiento fue inverso al ocurrido en el continente. En Inglaterra, las reglas del proceso oral romano que inicialmente regían cedieron espacio a las directrices formalistas del proceso germánico; la razón fue que durante los siglos V y VI la isla británica recibió una fuerte inmigración de pueblos bárbaros de ascendencia germánica-teutona que impusieron sus instituciones jurídicas en sustitución al entonces vigente derecho romano. Ese movimiento migratorio bárbaro tuvo otra secuencia con la llegada de los daneses durante los siglos IX y XI, que trajeron su derecho consuetudinario y por eso mismo oral, llegando posteriormente los también germánicos anglosajones que acabaron por sucumbir frente a los normandos en 1066, convirtiéndose éstos en los nuevos conquistadores de la isla.[25] Con el movimiento cíclico de la Historia, llegó el final del siglo XIX y con él fueron rescatadas algunas directrices reputadas fundamentales. Y una vez más CHIOVENDA recuerda que la “renovación del método científico, que avasallando, progresivamente, el dominio de las ciencias jurídicas, terminó por devolver al juez a su función de investigador de la voluntad de la ley con apoyo en la observación de los hechos, rehabilitando el principio de la libre convicción. Como expediente para la realización práctica de ese principio, la doctrina preconizó (MÁRIO PAGANO, en Italia; MITTERMAIER, en Alemania; BENTHAM, en Inglaterra) la vuelta al proceso oral.”[26] En los procesos contemporáneos escritura y oralidad se interpenetran, siendo que el procedimiento probatorio, en cuanto etapa autónoma en el curso del proceso jurisdiccional, siempre se caracteriza por la oralidad, por la intermediación y por la identidad física del juez.

En esa dinámica es posible que se concluya, con base en elementos intuitivos y empíricos derivados de la observación pragmática del proceso, que la intermediación y la identidad física se constituyen finalmente en un verdadero “tiro por la culata”, que afecta a la imparcialidad. En otras palabras: la intermediación contamina el juicio de la persona física (=juez) responsable del dictado de la sentencia de mérito.

El juez, debido a su elemental condición humana, y como sujeto integrante de la oralidad propia del procedimiento probatorio, invariablemente se va afectando por las impresiones subjetivas que las actitudes de los deponentes (=partes, testigos, peritos) le sugieren. Y como reflejo de la inquisitividad que identifica la actuación del juez en el curso de la búsqueda de prueba, sus impresiones personales influirán en el modo en que él - juez - conducirá la etapa de confirmación de los hechos (=instrucción) y consecuentemente en el juzgamiento de mérito que inmediatamente, ese mismo juez, deberá emitir.

La condición humana - y el juez no puede escapar de ella - hace que cada uno de nosotros sea influenciado por los acontecimientos que ocurren a nuestro alrededor. La búsqueda de prueba oral va construyendo en el ánimo del juez ciertas convicciones derivadas de sus impresiones subjetivas de partícipe activo de la oralidad en que se funda el procedimiento probatorio. En ese contexto es posible que el juez se compadezca, que se irrite, que crea, que no crea, que se emocione etc., con la versión oral que el deponente presta en ese momento. El más habilidoso de los mentirosos podrá hacer que su falsa versión sea aceptada por el juez como la más sincera de las verdades; de la misma forma que la verdad exteriorizada oralmente por el pusilánime podrá ser rechazada por el juez por entenderlo el más venal de los mentirosos. E così via... Todos esos factores externos serán captados por la susceptibilidad natural de la condición humana, a

no ser que se entienda - lo que sería una superposición de la fe sobre la experiencia - que el juez es un ser dotado de una intangible exención emocional cuando ejerce la jurisdicción. Eso, efectivamente, no ocurre. Debemos creer - y yo creo - en nuestros jueces. Pero su condición humana genera una falibilidad que debe ser mitigada a través del debido proceso legal.

De ese modo, la participación del juez en el procedimiento probatorio hará que su juicio acerca de los hechos, invariablemente, se vaya formando antes del momento específico en que este mismo juicio deba ser exteriorizado, es decir, en el acto de dictado de la sentencia. Y es allí, en el acto de la sentencia, el momento en que la imparcialidad - como garantía constitucional - debe alcanzar el ápice de su plenitud de modo de hacer que la resolución de mérito (=expresión de poder) sea producida dentro de los cuadrantes de aquello que dispone la Constitución.

Por eso, la prueba de oficio, la intermediación y la identidad física entre el juez de la instrucción y el juez de la sentencia, atenta contra la lógica de la imparcialidad que debe orientar el producto de la actuación del Poder Judicial.

Y para que sea viabilizada la concreción de la dimensión constitucional de la jurisdicción que a veces impondrá la actuación de los poderes instructorios de oficio, y la consecuente intermediación en la oralidad que caracteriza al procedimiento probatorio, sólo hay una solución viable: el juez que instruyó, haya o no dispuesto algún medio de prueba de oficio, no podrá ser el mismo juez que deba resolver el mérito.

5. Principio de la cooperación, de la buena fe objetiva y de la igualdad [\[arriba\]](#)

Creo que es posible la combinación de tres principios que inciden en el proceso para que se concluya, al lado de la posibilidad del juez de disponer la prueba de oficio como ejercicio de su poder, que es deber funcional de aquél que así actuó de, también de oficio, apartarse del proceso para que otro juez profiera la sentencia de mérito. Estos principios son: el de la cooperación, el de la buena fe objetiva y el de la igualdad. Examinemos brevemente cada uno de ellos.

El principio de la cooperación - o de la colaboración[27] - refuerza la importancia del contradictorio como técnica de concreción de la dialéctica del proceso e impone un alto grado de compromiso del juez para con las partes, y de estas en relación a aquél, de modo de propiciar que el fruto de la actividad desarrollada por el Poder Judicial sea apto para resolver adecuadamente el litigio que le fue sometido. En ese sentido merece destaque el proceso civil portugués que expresamente positivó el principio de la cooperación en el art. 266 del respectivo CPC, in verbis: “En la conducción e intervención en el proceso, deben los magistrados, los mandatarios judiciales y las propias partes cooperar entre sí, concurriendo para así obtener, con brevedad y eficacia, la justa composición del litigio.”

La magnitud del principio de la cooperación redirecciona el papel del juez y de las partes en el proceso y los coloca en una posición paritaria, traduciéndose en la idea de que individuo, sociedad civil y Estado-juez actúen de modo de ocupar una posición coordinada. Luego, la figura del juez no debe preponderar sobre la de las partes en el modelo cooperativo de proceso. Al contrario, en la dialéctica inherente al contradictorio, juez y partes - estas, en la dimensión natural de la respectiva parcialidad - ejercen sus incumbencias procesales en un ambiente de cooperación[28]. Además, de modo de potencializar el mayor aprovechamiento posible del proceso, evitando o dificultando la declaración de nulidades procesales, o mismo el dictado de un juicio de inadmisibilidad del proceso, el principio de la cooperación impone tres deberes fundamentales al juez: i) deber de

aclarar a las partes, ii) deber de consultarlas para que suplan las fallas sanables antes de extinguir el proceso sin apreciación del mérito, y iii) deber de prevenir las deficiencias sanable y las conductas procesales irregulares.[29] El principio de la cooperación cuando es bien comprendido por los actores del proceso impide la preeminencia del juez sobre los intereses y cargas procesales de las partes, preservándose, inclusive, el principio dispositivo que orienta al proceso civil.

A su vez, el principio de la buena fe objetiva impone que todos los sujetos procesales actúen en el curso del procedimiento absolutamente vinculados por la lealtad y por la probidad procesal. Insisto: todos los sujetos procesales deben obrar con buena fe objetiva, inclusive el juez. Existen posiciones doctrinarias, sin embargo, que parecen restringir la buena fe (=lealtad y probidad) apenas al ámbito de la actuación procesal de las partes. [30]

Como hecho jurídico que es, el proceso impone a sus participantes que actúen con la misma buena fe objetiva que las modernas directrices del derecho privado imponen a las partes contratantes. Significa decir que el standard subjetivo de la relación procesal (=juez, actor y demandado) impone una actuación que sea apta para no crear impedimentos o sorpresas entre los sujetos procesales en lo que refiere al ejercicio de sus respectivas cargas y poderes.

Viene del derecho alemán la comprensión de que la cláusula de la buena fe, aunque esté positivada en el BGB[31] (=Bürgerliches Gesetzbuch; Código Civil alemán), debe ser vislumbrada como cláusula general de dominio de todo el ordenamiento jurídico, presuponiendo un vínculo existente, no necesariamente contractual, entre quien invoca el principio y quien se somete a él[32]. En Brasil, la buena fe objetiva está prevista en el Código Civil como dispositivo atinente a las Disposiciones Generales de los contratos (art. 422). Pero de una forma general la doctrina reconoce su operabilidad en cualquier tipo de relación jurídica, sea de orden público o privado[33]. La buena fe objetiva se constituye, por lo tanto, en un verdadero principio general de derecho.

Por consiguiente, teniendo el principio de la buena fe objetiva operabilidad en todos los cuadrantes del ordenamiento jurídico, y siendo su único presupuesto de incidencia el vínculo previo entre los sujetos que eventualmente reclamen sus consecuencias, se vuelve innegable que los tres sujetos que integran el standard de la relación procesal a él deban obediencia. Por consiguiente, se supera una eventual comprensión restrictiva de su incidencia limitada a las partes.

Por fin, el principio de la igualdad, tal como el de la buena fe objetiva, tiene ilimitado alcance en todo el ordenamiento jurídico y, por consecuencia, también en el derecho procesal.

5.1 Deber funcional del juez de considerarse inhibido y de apartarse para no juzgar

Pero ante la duda del juez en cuanto los hechos relevantes, sumado al compromiso constitucional del Poder Judicial de viabilizar el acceso a la justicia, ¿cuál es la postura a ser adoptada por el órgano jurisdiccional?

Pienso que ante el estado de duda, el juez deberá hacer valer la dimensión constitucional de la jurisdicción y disponer de oficio la prueba que le parezca necesaria.

Sin embargo, siendo preciso compatibilizar el proceso con la Constitución, en caso de que el juez entienda necesario utilizar sus poderes instructorios (v.g.: cuestiones de familia, niños y adolescentes, beneficios previsionales, derechos transindividuales, o por cualquier otra - lamentable - falla en la amplia defensa

técnica), entonces que se valga de ellos e inmediatamente después de obtener la respectiva prueba actúe con buena fe objetiva y, también de oficio, se considere inhibido (=parcial) por motivo íntimo, tal como le permite (=¡impone!), por ejemplo, el párrafo único del art. 135 del CPC brasileño[34]. Y así, impelido por la buena fe objetiva que invariablemente impera en el derecho procesal, hará su contribución al principio de la cooperación para que la sentencia a ser dictada por su sustituto legal lo sea de forma constitucionalmente legítima, sin ruptura de la imparcialidad.

En ejercicio de simplificación: ¡el juez que determina la producción de la prueba de oficio no puede ser el mismo que dicta la sentencia! De lo contrario será el triunfo de la jurisdicción (=Poder) sobre el debido proceso legal (=garantía).

6. Repensando el sistema de enjuiciamiento: sistema de enjuiciamiento escalonado (o procedimiento judicial funcionalmente escalonado) como método garantizador del debido proceso legal [\[arriba\]](#)

Todo lo que fue defendido hasta aquí podría ser resumido de esta manera: el juez de la instrucción y/o de la prueba de oficio no podrá ser el mismo de la resolución del mérito. Además, lo mismo puede decirse en relación al juez que otorga tutela anticipada en el curso del proceso (=el juez de la urgencia no puede ser el mismo de la sentencia). Esa dinámica es necesaria para que no se viole la imparcialidad derivada de la garantía del debido proceso legal. No se niega que es constitucionalmente importante la actuación del juez de modo de hacer valer su poder, viabilizando que el Poder Judicial juzgue “bien” y adecuadamente, de modo de operar la exacta resolución del litigio. Es imperioso, sin embargo, que se alcance ese resultado garantizando al justiciable todas las derivaciones del debido proceso legal, tal como está constitucionalmente previsto. Y la imparcialidad es uno de esos imperativos.

Si nuestra cultura procesal deja la sentencia a cargo del mismo juez que dirigió el procedimiento probatorio, y esa dinámica, que viene desde el proceso civil romano, pasó a la historia como correcta, es menester que se tenga presente que las Constituciones actuales garantizan al individuo y a la sociedad el derecho fundamental a la observancia del due process of law en toda su dimensión.

De esa manera, es legítimo sostener que el sistema de enjuiciamiento más adecuado al modelo constitucional de proceso actual deba ser aquel donde las funciones relevantes del juez en el curso del procedimiento sean compartidas por más de un juez persona física. La misión de juzgar bien es del Poder Judicial y se hace efectiva a través de sus jueces. Pero no hay ninguna regla constitucional que imponga que deba ser el mismo juez el que actúe en todas las etapas del procedimiento. Al contrario, si las constituciones y los pactos internacionales establecen como valor fundamental la garantía del debido proceso, donde el juzgamiento deba ser emitido por un juez (=persona física) imparcial, no hay nada que impida que la providencia de urgencia, la dirección del procedimiento probatorio y, por fin, el dictado de la sentencia definitiva sean actividades realizadas por jueces diferentes, de modo de garantizar que el Poder Judicial logre su objetivo principal (=sentencia de mérito) de la manera más adecuada las garantías constitucionales establecidas para el proceso.

En síntesis, se trata del traslado del checks and balances al ambiente del proceso jurisdiccional, para que el poder de los representantes del Poder Judicial sea diluido en el curso del procedimiento. De esa manera se evita la figura del juez omnipotente y de los riesgos que invariablemente la respectiva acumulación de poder puede traer al justiciable. Se relativiza, por lo tanto, el arbitrio judicial.

Creo que es posible denominar un sistema procesal de esa naturaleza sistema de enjuiciamiento escalonado o, todavía, procedimiento judicial funcionalmente escalonado. Sin embargo, el nombre que se quiera dar al fenómeno procesal así concebido es poco relevante. Sugiero esas denominaciones apenas como punto de partida para reflexiones más precisas y profundas.

¿Y como sería su funcionamiento?

Simple. Se divide el procedimiento judicial dirigido a la formación de la sentencia de mérito de modo a que las funciones del juez (=persona física) sean diluidas en el respectivo desenvolvimiento.

Existiría así actuación de jueces diferentes para cada una de las más relevantes etapas procedimentales, o sea, un juez para la urgencia, un juez para el procedimiento probatorio, y, finalmente, un juez para el dictado de la sentencia definitiva. En ese modelo, los jueces de las etapas precedentes al momento de juzgamiento de mérito podrían ejercer en su plenitud toda la dimensión de su poder (=jurisdicción) sin que les fuese imputado el vicio de la parcialidad. Y eso porque otro sería el juez responsable por la sentencia de mérito, estando con su espíritu libre de las impresiones subjetivas que afectan a la condición humana en las fases anteriores de urgencia o de instrucción (=confirmación).

Razonemos a partir de un ejemplo.

Iniciado un proceso donde el actor pide una medida de urgencia, con base en las reglas previas de competencia la causa quedaría afectada a un determinado juez de la urgencia y también al juez responsable para el dictado de la sentencia de mérito. El juez de la urgencia examinaría esta pretensión de urgencia acogéndola o no y, en la secuencia, remitiría los autos al juez de la sentencia. Habiendo necesidad de iniciar un procedimiento probatorio para la confirmación de hechos controvertidos, entonces el juez de la sentencia remitiría los autos al juez de la instrucción, que conduciría la etapa instructoria con intermediación y, si es necesario, también podría disponer una prueba de oficio. Culminado el procedimiento probatorio, los autos retornarían al juez de la sentencia que, de forma absolutamente imparcial, ya que no presidió las etapas anteriores, juzgaría el mérito de la causa resolviendo el litigio, ahí sí, de la forma más justa posible. Tengo para mí que ese modelo inauguraría el verdadero proceso justo reclamado por la doctrina. Todas esas etapas, obviamente, también controladas a través de los recursos.

Creo, todavía, que habría un aumento de la productividad de los jueces y eso conduciría también a la concreción del principio de la razonable duración del proceso y de la celeridad, pues cada uno de los jueces responsables por las respectivas etapas quedaría encargado de concentrar sus energías en la conclusión de la fase que le compete.

Pienso, por fin, que no sería del caso objetar que “la escasez del número de jueces haría inviable ese modelo de proceso”. Basta reorganizar sus competencias estableciéndolas desde la perspectiva de un procedimiento funcionalmente escalonado, aprovechándose de los jueces de que ya se dispone.

Y, en definitiva, esa reingeniería del modelo procesal organizado con base en un procedimiento funcionalmente escalonado sería posible a través de la alteración de las competencias de los órganos judiciales. En el caso de Brasil, eso sería posible a través de la competencia que la Constitución de la República confiere a los Estados miembros para legislar sobre procedimiento y organización judicial (CR, art. 24, XI). En otros países de América Latina, a través de la autonomía y de la competencia que las respectivas constituciones confieren a las Provincias, como es

el caso de la federación Argentina. En países organizados como Estados unitarios, como Colombia y Chile, por ejemplo, a través de la adaptación de sus códigos de proceso o mismo a través de ley especial.

7. Cierre [\[arriba\]](#)

Los sistemas de enjuiciamiento de los Estados Constitucionales contemporáneos deben ser organizados y armonizados en la perspectiva de los valores fundamentales jurisdicción (=Poder) y debido proceso legal (=Garantía). Las cuestiones dogmáticas a ese respecto están en la pauta de discusión del debate activismo judicial versus garantismo procesal y no pueden ser tratadas de forma maniqueísta.

De esa manera, temas como la prueba de oficio deben ser repensados de forma de que la respectiva actuación del juez se concrete en un ambiente garantizado por el debido proceso legal, lo que no ocurre en los modelos procesales donde, por razones históricas que se remontan a la oralidad que identificó al proceso civil romano, el mismo juez persona física preside todas las etapas del procedimiento dirigido al dictado de la sentencia de mérito.

En ese panorama, el sistema de enjuiciamiento más consecuente con las categorías fundamentales de la jurisdicción y del debido proceso legal sería aquél donde el procedimiento fuese desarrollado por etapas - escalonado, por lo tanto -, de modo de evitar que el mismo juez concentre en sus manos el poder de deferir la tutela de urgencia, de presidir activamente el procedimiento probatorio y, al final, dictar la sentencia de mérito, y todo después de la contaminación subjetiva que la intermediación apareja a la condición humana.

De ahí la propuesta del texto: crear un sistema de enjuiciamiento de etapas funcionalmente escalonadas donde la dimensión del poder jurisdiccional sea compartimentada en la mano de jueces diferentes de aquél que, al final del procedimiento, quedará encargado de dictar la sentencia definitiva de mérito. Sería una técnica para garantizar la imparcialidad judicial y otros valores de igual importancia prometidos por el due process establecido en las más diversas constituciones y pactos internacionales.

En suma, un sistema de enjuiciamiento escalonado o, también, procedimiento funcionalmente escalonado, sería una alternativa legítima a ser pensada para librar al proceso de arbitrios y garantizar la plenitud de las salvaguardas constitucionales.

Queda ahí mi sugerencia.

Notas [\[arriba\]](#)

** Maestrando en derecho procesal civil en la Pontificia Universidad Católica de San Pablo (PUC/SP). Maestrando de Derecho Procesal en la Universidad Nacional de Rosario (UNR - Argentina). Profesor de la Facultad de Derecho de UniAnhanguera (campus Jundiáí). Profesor invitado en diversos cursos de posgrado lato sensu en derecho procesal civil. Miembro de los Institutos Brasileiro (IBDP), Iberoamericano (IIDP) y Panamericano (IPDP) de Derecho Procesal. Abogado en Jundiáí-SP. www.glaucogumerato.com.br*

[1] Agradezco a la Prof. Denise DE PAULA ANDRADE, maestranda en Derecho por la UniFIEO (Osasco), que se encargó de la revisión y corrección del texto.

[2] Traducido por el Mg. Gabriel VALENTIN, Prof. de Derecho Procesal en la Universidad de la República (Uruguay) y en la Universidad Católica del Uruguay. Profesor regular e invitado en cursos de posgrado. Miembro del Instituto Uruguayo (IUDP), Iberoamericano (IIDP) y Panamericano (IPDP) de Derecho Procesal y de la Asociación de Derecho Procesal Eduardo J. Couture. Abogado en Montevideo.

[3] Al comentar sobre la imparcialidad, Adolfo ALVARADO VELLOSO afirma que: “Este principio procesal indica que el tercero que actúa en calidad de autoridad para procesar y sentenciar el litigio debe ostentar claramente ese carácter: para ello, no ha de estar colocado en la posición de parte (imparcialidad) ya que nadie puede ser actor o acusador y juez al mismo tiempo”. Cf. “El garantismo procesal”, en *Activismo y garantismo procesal*, Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2009, p. 147.

[4] Nota del traductor: en su versión en portugués el autor aclara que prefiere el término Enjuizamento, que es una traducción libre de la palabra castellana enjuiciamiento, y noajuizamento, que en portugués tiene un significado distinto del pretendido en el texto. Ajuizamento en portugués tiene el significado de proposición de la acción; enjuizamento, en tanto, es utilizado en el texto en referencia a la dinámica de desenvolvimiento del proceso hasta su conclusión.

[5] El resultado de lo que se propone puede ser sintetizado así: el juez de la urgencia NO puede ser el mismo de la sentencia; o, todavía, el juez de la instrucción NO puede ser el mismo de la resolución. Admitir lo contrario es ultra valorizar la jurisdicción (=poder) en detrimento del debido proceso (=garantía) de modo de tratar la imparcialidad judicial como mera garantía formal en vez de realidad a ser alcanzada. Y, eso, aunque estemos habituados con el sistema de enjuiciamiento en el cual todas esas innegables representaciones de poder (=urgencia, instrucción y resolución) están concentradas en las manos de un mismo juez hasta el dictado de la sentencia de mérito.

[6] Todos los párrafos citados entre comillas pueden ser consultados en: Ada PELLEGRINI GRINOVER, “Os poderes do juiz penal na América Latina”, en la obra colectiva *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais - Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier* (coord. José MIGUEL GARCIA MEDINA y otros), San Pablo, Ed. Revista dos Tribunais, 2008, en especial p. 177.

[7] Ver, por todos, Hernando DEVIS ECHANDÍA, *Compendio de la prueba judicial*, tomo I (Anotado y concordado por Adolfo Alvarado Velloso). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2000, pp. 51-53. En Brasil, el trabajo clásico amparando dogmáticamente la prueba de oficio es del hoy profesor titular de la Universidad de San Pablo (USP), José Roberto DOS SANTOS BEDAQUE, *Poderes instrutórios do juiz*, San Pablo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001, 3ª edición, *passim*.

[8] Cf. mi *Ativismo e garantismo no processo civil: apresentação do debate*, publicado en la Revista MPMG Jurídico, n° 18, oct/nov/dic de 2009, pp. 8-15, publicación oficial del Centro de Estudios del Ministerio Público de Minas Gerais.

[9] Ídem, *ibídem*.

[10] Los sistemas inquisitivo y dispositivo también son identificados por la doctrina como sistema publicístico y sistema privatístico, respectivamente. En ese sentido, inclusive advirtiendo que ningún sistema es “químicamente puro en el plano normativo”, Juan MONROY GÁLVEZ, *Teoría General de Proceso*, Lima: Palestra Editores, 2007, pp. 155-160. El profesor de la Universidad de Lima también identifica algunos principios que formarían parte de cada uno de estos sistemas. Serían principios procedimentales del sistema publicístico: dirección judicial del proceso, impulso oficial, intermediación, concentración, buena fe y lealtad procesal, celeridad procesal, socialización del proceso, integración del derecho procesal, vinculación y elasticidad, adquisición (=los actos practicados por las partes se incorporan al proceso y, desde ese momento, ya no benefician o perjudican sólo al

responsable por la producción del acto), preclusión. Serían principios procedimentales del sistema privatístico: iniciativa de la parte, defensa privada, congruencia e impugnación privada.

[11] Sobre el inquisitorial system y el adversarial system, cf. BARBOSA MOREIRA, "O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo." en Temas de direito processual civil (nona série), pp. 39-54. Ver, también, Fernando GAJARDONI, Flexibilização procedimental - Um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, San Pablo: Editorial Atlas, 2008, pp. 107-132. Es importante destacar que el adversarial system fue debilitado en el proceso civil inglés después de la entrada en vigor de las Civil Procedural Rules (=el CPC inglés) en abril de 1999, ya que "Después de las CPR, hay mucho menos espacio para que las partes controlen el desarrollo del caso. Eso porque los tribunales pasaron a tener expresivos poderes y deberes sobre la gestión de los casos", cf. Neil ANDREWS, O moderno processo civil - formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra (orientación y revisión de la traducción por Teresa Arruda Alvim Wambier), San Pablo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009, p. 48. Por fin, con enfoque crítico del adversary system norteamericano, vinculando su estructura a los postulados del liberalismo, ver Michele TARUFFO, El proceso civil adversarial en la experiencia americana - El modelo americano de los procesos de connotación dispositiva, Bogotá: Editorial Temis, 2008, pp.237-275.

[12] En ese sentido, Jorge W. PEYRANO: "El autodenominado garantismo procesal civil - porque, al final, qué corriente de pensamiento procesal no va a defender las garantías constitucionales - se apoya en un equivocado trasplante al proceso civil del ideario de Luigi Ferrajoli, concebido por él para el proceso penal" (traducción), en El cambio de paradigmas en materia procesal civil, Buenos Aires : La Ley, 13/8/2009, nota "9", con posibilidad de acceso en la web en:

www.laley.com.ar/laley/cms/files/1810//diario%2013-8-09.pdf. En esa misma nota "9" PEYRANO recuerda otro estudio que liga las ideas del garantismo procesal al garantismo de FERRAJOLI, del profesor de la Universidad de Lima Juan MONROY GALVEZ, ¿Qué es el garantismo procesal civil?, publicado en la Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, año 2006, n° 9, pp. 07 y ss.

[13] ALVARADO VELLOSO: "La voz garantista o su sucedáneo garantizador proviene del subtítulo que Luigi Ferrajoli puso a su magnífica obra Derecho y razón y quiere significar que encima de la ley con minúscula, está siempre la Ley, con mayúscula (la Constitución). En otras palabras: guardar adecuado respeto a la gradación de la pirámide jurídica". Cf., "El garantismo procesal", en la obra colectiva Activismo y garantismo procesal, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2008, p. 145.

[14] Sosteniendo que se trata de posturas dogmáticas inconciliables, ALVARADO VELLOSO, Sistema procesal - Garantía de la Libertad, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2009, pp. 191-197. V, también, Omar A. BENABENTOS, Teoría unitaria del derecho procesal, Rosario: Editorial Juris, 2001, p. 90.

[15] Así también lo considera, entre otros, DEVIS ECHANDÍA: "El aspecto fundamental de la evolución de esta teoría en el derecho moderno consiste, como observa Micheli, en considerarla como regla de juicio para el juez, ya que le señala a éste la forma de decidir a falta de prueba suficiente que le otorgue certeza", op. cit., p. 196.

[16] "La carga de la prueba incumbe: I) Al actor en lo que refiere al hecho constitutivo de su derecho; II) Al demandado, en lo que refiere a la existencia de hecho impeditivo, modificativo o extintivo del derecho del actor", conforme traducción realizada por ALVARADO VELLOSO en sus anotaciones al Compendio... de DEVIS ECHANDÍA, op. cit., p. 210.

[17] Nota del traductor: los arts. 312 a 314 del CPC brasileño regulan la "excepción" por la cual se puede plantear causas de impedimento y suspeição, lo

que varios códigos hispanoamericanos denominan causas de inhibición y excusación. Las causas de impedimento y suspeição son las previstas en los arts. 134 y 135 del CPC.

[18] Nota del traductor: el CPC de Brasil prevé la “acción rescisoria” de la cosa juzgada en sus arts. 485 a 495, que se puede proponer por las causales del art. 485 y dentro del plazo de dos años a contar de que la sentencia alcanzó la cosa juzgada. El num. I del art. 485 establece como causal el supuesto en que la sentencia fue dictada por prevaricación, concusión o corrupción del juez; y el num. II del mismo artículo prevé el caso de la sentencia dictada por juez impedido o absolutamente incompetente.

[19] En el mismo sentido, afirmando que la inmediación y la oralidad funcionaban como verdaderos principios del proceso civil romano, MAX KASER: “Entre los principios procesales que identifican al Derecho Procesal Romano se indican: a) la IMPARCIALIDAD DEL JUEZ, garantizada inicialmente por la intervención de las partes en la elección del juez y en la época imperial por la apelación al Emperador; b) la soberanía de las partes en el impulso del proceso; c) la ORALIDAD, la INMEDIACIÓN, y la PUBLICIDAD del juzgamiento; d) la AUDICIÓN DE AMBAS PARTES”, cf. *Direito Romano Privado*, trad. Samuel Rodrigues y Ferdinand Hämmerle, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, p. 428.

[20] Cf. GIUSEPPE CHIOVENDA, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. 1, trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998, p. 160.

[21] Ídem, pp. 159-160.

[22] Em cuanto a la historia de los sistemas de valoración de la prueba: i) libre convicción, ii) prueba legal o tarifada, iii) retorno a la libre convicción, y iv) persuasión racional, cf., con mucho provecho, Moacyr AMARAL SANTOS, *Prova judiciária no nível e comercial*, vol. I, San Pablo: Editorial Saraiva, 1983, 5ª ed., pp. 389-446.

[23] Siempre, CHIOVENDA, op. cit., pp. 169-179.

[24] ALVARO PÉREZ RAGONE, “Writ y actio en el surgimiento y conformación del proceso civil inglés medieval”, en *Avocatus* (Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima), agosto de 2008, en especial pp. 135-140. Publicado también en la *Revista de Estudios Históricos-Jurídicos*, nº 29/2007 (Valparaíso/Chile).

[25] PÉREZ RAGONE, op. cit., pp. 138-139.

[26] Op. cit., pp. 178-179.

[27] Cf. EDUARDO OTEIZA, “El principio de colaboración y los hechos como objeto de la prueba, o probare o soccombere. ¿Es posible plantear un dilema absoluto?”, en *Avocatus* (Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima), agosto de 2008, p. 134. Publicado también en *Los hechos en el proceso civil*, coord. AUGUSTO MORELLO, Buenos Aires: La Ley, 2003, p. 79 y ss.

[28] DANIEL MITIDIEIRO, *Colaboração no processo civil - Pressupostos sociais, lógicos e éticos*, San Pablo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009, pp. 101-103

[29] FREDIE DIDIER JR., *Curso de direito processual civil*, vol. I, Salvador: Ed. Juspodium, 2008, 9ª edición, pp. 58-62.

[30] Con mucho provecho, pero, como señalaba, sin extender el deber de buena fe al juez, cf. OSVALDO GOZAINI, “El principio de la buena fe em el proceso civil”, en *Avocatus* (Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima), agosto de 2008, pp. 91-114.

[31] BGB, § 242, como cláusula o principio general de derecho; BGB, § 157, específicamente en relación a los contratos.

[32] Harriet CHRISTIANE ZITSCHER, *Introdução ao direito civil alemão e inglês*, Belo Horizonte: Del Rey Editora, 1999, pp. 102.

[33] José Augusto DELGADO, “O Código Civil de 2002 e a Constituição Federal de 1988. Cláusulas gerais e conceitos indeterminados”, en *Aspectos controvertidos do*

novo Código Civil - Estudos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves (coords. Arruda Alvim, Joaquim Portes de Cerqueira César e Roberto Rosas), San Pablo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003, p. 397.

[34] CPC Brasil, art. 135, parágrafo único: “Podrá el juez declararse inhibido por motivo íntimo”.