



# LOS PODERES-DEBERES DEL JUEZ EN EL PROCESO CIVIL

---

Mario MASCIOTRA<sup>1</sup>

**SUMARIO:** I. *Introducción.* II. *Objetivos del proceso civil.* III. *Naturaleza jurídica de la jurisdicción.* IV. *Contenido de la jurisdicción.* V. *Poder de dirección.* VI. *Iniciativa probatoria del órgano jurisdiccional.* VII. *Límites a los poderes oficiosos del órgano jurisdiccional.* VIII. *Labor mancomunada: juez y partes (abogados) o deber de cooperación entre jueces protagónicos y abogados activos.* IX. *Conclusiones.* X. *Bibliografía.*

Resumen: Determinar la necesidad de que los ordenamientos procesales consagren e impongan poderes-deberes de los jueces en el proceso civil implica tomar partido y asumir posturas en dos temas liminares de la disciplina procesal: en los objetivos del proceso civil y la naturaleza de la jurisdicción.

Palabras claves: Naturaleza jurídica, jurisdicción, Poder de dirección, proceso civil.

Abstract: Determining the need for procedural rules to consecrate and impose powers-duties of judges in the civil process involves taking sides and assuming positions on two liminal issues of procedural discipline: in the objectives of the civil process and the nature of the jurisdiction.

---

<sup>1</sup> Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y Profesor de la Universidad El Salvador en Buenos Aires, Argentina.

Keywords: Legal nature, jurisdiction, Power of management, civil process.

## I. INTRODUCCIÓN

El ejercicio de los poderes-deberes instructorios constituyen una exigencia constitucional para dictar un pronunciamiento judicial ajustado a derecho y de manera alguna es una atribución contingente sujeto al arbitrio del órgano jurisdiccional.

La eventual iniciativa probatoria del juez, respetando los hechos del proceso y las fuentes de prueba existentes en él, tiende a acercar más a la verdad, a la legalidad y a la realización de la justicia, sin lesionar otros valores respetables.

## II. OBJETIVOS DEL PROCESO CIVIL

Estamos frente a una institución instrumental finalista, cuyos propósitos son: a) permitir el debate de la pretensión; b) posibilitar la resolución del conflicto, y c) transformar en acto el valor justicia<sup>2</sup>.

Habida cuenta de la multiplicidad de cometidos del proceso, y de que a su alrededor gira un variado orden de intereses que recíprocamente se complementan y se suplementan, resulta atractiva y sumamente totalizadora la visión de Clemente DÍAZ al desarrollar el fenómeno procesal desde una concepción tridimensional, que comprende, el *fin privado* (individual), el *fin público* (trasindividual) y el *fin social* (transpersonal)<sup>3</sup>.

El *interés individual*, consiste en obtener, mediante el proceso, el aseguramiento de una situación jurídica mediante una sentencia favorable<sup>4</sup>; por ende, el proceso es “un instrumento idóneo para obtener la satisfacción de su interés legítimo por acto de la autoridad”<sup>5</sup>.

El *fin público* está dado por el interés que asume el Estado en la realización del Derecho. Un proceso civil implica una violación del ordenamiento jurídico o una incertidumbre de la normativa legal, al Estado le importa el restablecimiento de ese orden y la certeza de las normas que contiene el mismo.

---

<sup>2</sup> RIVAS, Adolfo A., “Teoría General del Derecho Procesal”, Lexis Nexis, Bs. As., 2007, p. 314.

<sup>3</sup> DÍAZ, Clemente A., “Instituciones de Derecho Procesal”, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1968, Tº I, ps. 145-166.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 148.

<sup>5</sup> COUTURE, Eduardo J., “Fundamentos del Derecho Procesal Civil”, 5ª ed., La Ley, Bs. As., 2010, p. 129.

No se compadecen ni se identifican el interés individual con el interés público del Estado, por cuanto el interés del justiciable se traduce en un fallo que le sea favorable, el interés supraindividual del Estado se refleja en una sentencia que, conforme a la ley es dictada por el Estado. Por ello, WACH aconsejó que deba tenerse mucho cuidado en distinguir la finalidad del proceso de la finalidad que persiguen las partes a través del proceso<sup>6</sup>.

Finalmente, cabe considerar los *finés sociales* (transpersonales), que se perfeccionan en torno al interés que tiene la comunidad en el proceso y en su resultado. Ese fin social es la *decisión justa*, es decir, un pronunciamiento que aplique el derecho a la realidad de los hechos litigiosos.

En síntesis, el individuo persigue a través del proceso un resultado favorable; el Estado un resultado jurídico (legalidad) y la sociedad una *decisión justa*.

El interrogante que surge inexorablemente en el análisis formulado es si, en este escenario tridimensional, los intereses en juego se encuentran todos en el mismo plano, o si alguno prevalece sobre otros.

No ajeno a la dificultad de la problemática y a su enrasamiento ideológico sobre la concepción del Estado, del poder y del papel de los individuos dentro del sistema jurídico y de la sociedad en su conjunto, y específicamente referido al protagonismo judicial, me inclino por sostener que debe atribuirse prioridad a los intereses intrapersonales y transindividuales, sobre los privados.

Si se asume que el proceso civil tiene como objetivo principal la “resolución de conflictos” -que tiene sus orígenes en la ideología liberal tradicional de la justicia civil y en las ideas básicas de la libertad individual y de empresa-, aquél, va a estar al servicio de las partes, no importando el modo en que el juez resuelve dicha controversia. Por el contrario, al identificarnos con la concepción de la “*publicización*” o “*socialización*” del proceso civil -uno de los fenómenos más trascendentes del derecho procesal que se ha desarrollado durante el siglo XIX-, se impone la distinción entre el objeto del proceso y el proceso como instrumento idóneo para alcanzar la efectiva y real tutela, por parte del Estado, de los intereses litigiosos.

---

<sup>6</sup> WACH, Adolf, “Manual de Derecho Procesal Civil”, trad. por Tomas A. BANZHAF, EJEA, Bs. As., 1977, vol. I, p. 24.

Es sabido que el debate, materia del proceso civil tiene -por regla general- un carácter disponible o privado; ello no implica que tales características alcancen al proceso mismo, pues su mecánica y su desarrollo no pertenecen a los litigantes sino al Estado, que se sirve del proceso como instrumento para garantizar la efectividad de la función jurisdiccional, y la justa resolución de la litis interesa a la sociedad.

Conceptualizar el proceso, a tenor de una idea ceñidamente privatista, como una contienda entre particulares, en la que el Estado sólo interviene para imponer ciertas normas que garanticen la libertad del debate, el régimen de las pruebas y la decisión judicial, es algo que se encuentra ampliamente superada. Por cuanto, si bien el proceso civil tiene, respecto al contenido, por regla general, un carácter disponible o privado, la justa resolución de la litis interesa a la sociedad.

Lo describió con claridad y precisión CAPPELLETTI, al afirmar que sobre el núcleo u objetivo privado del proceso civil, “dejado a la exclusiva potencia de disposición del sujeto (normalmente) privado, se construye una ‘cáscara’, una envoltura –un proceder- que está en cambio sustraído de aquella potencia de disposición; una vez instaurado el proceso civil, el *modo*, el *ritmo*, el *impulso* del proceso mismo son separados de la disponibilidad inmediata o mediata de las partes, y por consiguiente... regulados en cambio por la ley misma con normas absolutas, o bien –y más a menudo- por el juez con poderes discrecionales, en el ejercicio de los cuales él podrá y deberá tener en cuenta las concretas exigencias del caso, en un espíritu no de vejación, sino de activa colaboración con las partes”<sup>7</sup>.

Si el objetivo final de la actividad jurisdiccional es materializar y concretar el valor “Justicia”, de manera alguna se puede concebir o calificar al proceso como negocio particular o relación jurídica privada o limitarla a una competición o un enfrentamiento entre las partes, que se sustancia ante un juez con un rol pasivo, solo garante de la correcta aplicación de las “reglas de juego”, conforme a una concepción ideológica liberal clásica con una visión individualista en la que exclusivamente tiene en cuenta los intereses y objetivos privados.

---

<sup>7</sup> CAPPELLETTI, Mauro, “La oralidad y las pruebas en el proceso civil”, trad. por Santiago SENTÍS MELENDI, EJEA, Bs. As., 1972, p. 123.

Se ha consolidado tan fuertemente el carácter público del proceso civil, que durante la segunda mitad del siglo XX, ha surgido otro fenómeno de especial trascendencia para el derecho procesal. Se trata de la “*constitucionalización de las garantías procesales*”, por la que se consagra –por vía de los textos constitucionales en el ámbito nacional, y de tratados y convenciones supraestatales de derechos humanos, en el ámbito internacional- un mínimo de garantías a favor de las partes que deben presidir cualquier modelo de enjuiciamiento.

Con ello no sólo se pretendió evitar que el futuro legislador desconociese o violase tales garantías, sino que además corrobora y cristaliza los *finés sociales* (transpersonales) del proceso.

Por otra parte, estimo que el objetivo del proceso civil desborda la mera resolución del conflicto o la controversia de las partes en aras de la pacificación social, por cuanto si bien aquélla finalidad social apuntada, no excluye a éste último, pues no aparece como incompatible o divorciado, si cabe subrayar que -en mi opinión- debe prevalecer el valor atribuido al modo de componer la litis y la calidad cierta y adecuada del *opus* decisorio, cuyo criterio de validez constitucional descansa en la motivación o fundamentación del fallo; esto es, la correcta, justa y objetiva aplicación del derecho a las circunstancias comprobadas de la causa.

La sociedad no puede permanecer displicente ni imperturbable por la forma en que se desarrolla el proceso, ni tampoco por su resultado, por cuanto “el Estado aunque no esté interesado en el objeto de la controversia, no puede ser sin embargo indiferente al modo en que el proceso se desarrolla y se concluye”<sup>8</sup>; “A la sociedad también le interesa la suerte del proceso y la forma como se administra la Justicia”<sup>9</sup>.

### III. NATURALEZA JURÍDICA DE LA JURISDICCIÓN

Estimo que la actividad jurisdiccional no tiene una naturaleza sino varias según el enfoque que se practique, de *función*, de *poder-deber* y de *garantía constitucional*.

Desde el punto de vista operativo, estamos frente a una **función estatal** pública o delegada por el Estado a terceros (árbitros) destinada a satisfacer necesidades colectivas.

---

<sup>8</sup> LIEBMAN, Enrico T., “Manual de Derecho Procesal Civil”, trad. por Santiago SENTÍS MELENDO, EJEA, Bs. As., 1980, p. 286.

<sup>9</sup> MORELLO, Augusto M., “Los poderes del juez en la Reforma procesal, en curso, en la Provincia de Buenos Aires”, Rev. El Derecho, tº 179, p. 1150.

Ahora bien, como *contenido jurídico*, es un **poder-deber del Estado**. CARNELUTTI lo conceptualizó criteriosamente: “La jurisdicción es un poder: quizá el supremo de los poderes; aquel que termina por poner al hombre, nada menos que en el puesto de Dios. El derecho, a fin de que las cosas vayan como deben ir, reacciona contra este peligro. La acción es el medio para hacer bajar la cabeza al juez: *tu me puedes juzgar, pero me debes escuchar*”<sup>10</sup>.

La actividad jurisdiccional constituye el ejercicio de un *poder* emanado de la soberanía inherente al Estado-Nación y ejerce su función con *imperium*, pero asimismo reviste un *deber* ya que todos los miembros de una comunidad sin exclusiones gozan del derecho inexcusable de recurrir al Estado a fin de que ejerza esa función que le otorga la propia Ley suprema y bajo ningún pretexto puede eximirse de practicar los actos que le competen.

Por último, la jurisdicción tiene entidad propia. En efecto, dentro del orden jurídico constitucional, la actividad jurisdiccional reviste una verdadera garantía que el Estado proporciona a los particulares que le están sujetos para que, en caso de conflicto que afecte sus derechos y libertades, dispongan de una estructura oficial específica a la cual podrán recurrir para defenderlos.

CALAMANDREI nos habló de *garantía jurisdiccional*;<sup>11</sup> SATTA la calificó de *tutela jurisdiccional* <sup>12</sup>. Teniendo en cuenta su naturaleza y características, debe resaltarse esta garantía por cuanto en la medida en que la estructura oficial específica opere con independencia -de modo que no pueda ser interferida por factores extraños a su misión- se constituirá en una garantía de garantías; por eso es que al advertir la existencia de un poder del Estado encargado de la tarea consiguiente Adolfo RIVAS califica que el Judicial es una verdadera supragarantía<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> CARNELUTTI, Francesco, “Derecho y Proceso”, traducción de “*Diritto e processo*”, Moranó, Napoli, 1958, por Santiago SENTÍS MELENDO, EJE, Bs. As., 1971, Tº I, p. 128.

<sup>11</sup> CALAMANDREI, Piero, “Instituciones de de derecho procesal civil, según el nuevo Código”, trad. Santiago SENTÍS MELENDO, El Foro, Bs. As., 1996, vol. I, p. 135.

<sup>12</sup> SATTA, Salvatore, “Manuel de derecho procesal civil”, trad. Santiago SENTÍS MELENDO y Fernando de la RÚA, EJE, BS. As., 1971, vol. I, p. 1.

<sup>13</sup> RIVAS, Adolfo A., “Teoría General del Proceso”, citada, p. 152.

#### IV. CONTENIDO DE LA JURISDICCIÓN

El tema es sumamente controvertido, pues como bien lo señaló SENTIS MELENDO “estamos en un terreno verdaderamente espinoso. Las palabras tienen un valor muy relativo: *poder, facultad, deber, obligación*”<sup>14</sup>.

Resulta clarificador los conceptos vertidos por CARNELUTTI: “La figura del juez se distingue de las otras, no tanto porque él solo está provisto de potestades, cuanto por el carácter superior de las que le están atribuidas; **su oficio en el proceso se resuelve, si no exclusivamente, sí predominantemente en el ejercicio de ellas**”<sup>15</sup>. Lo avala CALAMANDREI cuando sostuvo que “el juez es uno de los sujetos de la relación jurídica procesal y como tal tiene deberes y poderes”<sup>16</sup>.

He predicado hace tiempo que en un Estado moderno es del interés público hacer justicia y el único medio éticamente aceptable para ese objetivo, es contar con un juez comprometido con las garantías constitucionales que prevén un proceso justo y que no abdique de la sagrada misión de dictar sentencias justas, basadas en la realidad de los hechos controvertidos. Y para ello, ese juez debe gozar de *poderes*, pero para que éstos sean ejercidos por *todos* los jueces y en *todos* los casos y a fin de que los magistrados se encuentren obligados a hacer uso de ellos, el cuerpo legal debe imponerlos como *deberes*, pues si es facultativo o sujeto a la discrecionalidad o arbitrariedad de aquéllos se genera el desconcierto del litigante y afecta la garantía constitucional de la igualdad ante la ley.

Por otra parte, no cabe duda alguna que los *poderes deberes* de la jurisdicción, son correlacionables, por cuanto a los justiciables les corresponde el derecho irrenunciable de exigir el cumplimiento irrestricto de los mismos.

El *poder* de los jueces deviene de la autoridad conferida por el Estado de dirigir el proceso y juzgar la controversia. Ese poder es *deber* porque no pueden eximirse de practicar los actos que le competen bajo ningún pretexto. *Poder* y *deber* constituyen un

---

<sup>14</sup> SENTIS MELENDO, Santiago, “El Proceso Civil. Estudio de la reforma procesal argentina”, EJEA, Bs. As., 1957, p. 137.

<sup>15</sup> CARNELUTTI, Francesco, “Instituciones del Proceso Civil”, trad. de Santiago SENTÍS MELENDO, Librería “El Foro”, Bs. As., 1997, vol. I, ps. 293-294.

<sup>16</sup> CALAMANDREI, Piero, “Estudios sobre El Proceso Civil”, trad. de Santiago SENTÍS MELENDO, Bibliográfica Argentina, Bs. As., 1945, p. 25.

binomio que se concreta a través de la actividad pública judicial. En ese sentido, *poder* y *deber constituyen el verso y reverso de la misma medalla*.

La vigencia de los *poderes deberes* permite al juez disponer lo necesario a fin de que nadie pueda encontrarse en inferioridad jurídica, coadyuvando a la consecución de una real paridad o nivelación de las partes. Las normas procesales deben tener como norte la perfecta igualdad material de los litigantes, como un medio justo de protección de todos los derechos.

Estoy absolutamente convencido que el ejercicio real y efectivo de los poderes-deberes jurisdiccionales durante el desarrollo integral del proceso civil permitirá la sustanciación de un proceso justo, en el que no sólo se cumplimentará debidamente los principios de bilateralidad, congruencia e igualdad, sino que permitirá la materialización de los criterios de flexibilización de las formas y resultado útil de la jurisdicción y asimismo que se imponga el deber de colaboración de las partes, fundamentado en los principios de lealtad y buena fe procesal.

Por otra parte, permitirá el encuentro frontal del juez y los litigantes, que no solo le conferirá autoridad a las audiencias que aquél presida sino le generará transparencia a su accionar y le permitirá al juzgador formar su convicción a medida que se produzca la prueba y se desarrolle el debate. Percibirá el rostro de los contendientes, se advertirá de sus gestos, reacciones y comportamientos.<sup>17</sup> Las partes conocerán personalmente a quien decidirá la contienda.

El magistrado se halla en condiciones de controlar más eficazmente la regularidad no solamente formal de la acción propuesta, sino anticipar la imprecisión de las alegaciones o de las peticiones impetradas y de modificar y corregir las postulaciones formuladas, como asimismo evitar o sanear nulidades y resolver sin dilación las oposiciones e incidentes que se articulen.

La experiencia nos indica que cuando el magistrado interviene personalmente desde la etapa inicial del proceso judicial, asumiendo el control y la dirección de la causa, la misma se desarrolla más eficientemente, reduciendo tiempos de litigación y disminuyendo notablemente los costos tanto para los justiciables como para el sistema judicial.

---

<sup>17</sup> Está demostrado científicamente que la comunicación entre los seres humanos sólo un quinto se efectúa a través de la comunicación semántica y las cuatro quintas partes es gestual a través de miradas, el tono de la voz, el olor corporal, el tacto.



Asimismo su contacto con el objeto del proceso y los sujetos procesales le proporcionará enormes posibilidades de dictar una sentencia ajustada a derecho aplicando la normativa vigente a la situación fáctica concreta, en cuyo adecuado y debido esclarecimiento ha podido llevar a cabo mediante los poderes-deberes instructorios que el ordenamiento procesal ha previsto y contemplado.

En definitiva, estoy absolutamente convencido que para la mejor y más eficaz actividad jurisdiccional resulta imperiosa e imprescindible conferir a los jueces civiles amplios poderes-deberes, en cuyo ejercicio razonable deberán respetar inescrupulosamente los derechos y garantías de los litigantes.

A partir de la concepción publicista, solidarista o activista del Derecho Procesal, se ha plasmado en las normativas legales, en el criterio jurisprudencial de los tribunales y en la doctrina mayoritaria un generoso y amplio abanico de *poderes-deberes* destinados al mejor cumplimiento del cometido del juez de “dar a cada uno lo suyo”.

No se trata de sacar a los tribunales de su posición de juzgadores, ni de sustituir a las partes en el ejercicio de los derechos que sólo a ellas les corresponden, sino de reconocerle al órgano jurisdiccional *poderes* en cuanto “potencia de mandar a las partes”, que se travisten en *deberes*, pues es insoslayable el ejercicio de aquellos a los efectos de la mejor realización de la actividad jurisdiccional, y especialmente cuando lo exige la tutela efectiva de los derechos consagrados en el ordenamiento jurídico y el resultado útil de la jurisdicción.

Es sabido que la actividad jurisdiccional implica que los magistrados ejerzan cuatro poderes-deberes básicos: el de **dirección**, el **decisión** (que incluye el deber de fundar, de hablar claro *-clare loqui-*, la aplicación del *iura novit curia* y el deber de proveimiento oportuno), el de **ejecución** y el de **coerción** (con sus potestades disciplinarias). Me referiré al poder-deber de dirección y a la iniciativa probatoria del órgano jurisdiccional.

## V. PODER DE DIRECCIÓN

Ha sido mérito de la ZPO austriaca elaborada por FRANZ KLEIN con vigencia a partir del 1º de enero de 1898-, que vertebró un significativo crecimiento de los poderes, deberes y atribuciones del órgano judicial, transformándolo en un verdadero director material del proceso en aras de la consecución de una real paridad o nivelación de las partes.

Se le confiere al magistrado la responsabilidad del funcionamiento del proceso, por cuanto “el juez no se limita a juzgar, antes bien, administra y conduce el proceso desde el inicio hasta el final”. El, a tal fin, al decir de SPRUNG “cuenta con amplios poderes discrecionales, con la obvia consecuencia de que no es más, como en los ordenamientos liberales, una marioneta que puede moverse sólo si las partes le tiran los hilos”, sino el “director”, el “timonel, el representante profesional del bien común”, aquél a quien el legislador asigna la delicadísima tarea de asegurar que en el proceso “instituto de derecho público”, sean también satisfechos, junto con los intereses de las partes, también “los más altos valores sociales”. Es por ello...que los jueces, los abogados y las partes deben colaborar en la formación de una decisión justa”<sup>18</sup>.

Uno de los máximos defensores de las ideas socializadoras del proceso civil, Mauro CAPPELLETTI sostuvo que amén del *poder de dirección formal del proceso*, es decir determinar los límites esenciales de la acción, límites subjetivos, objetivos y causales y los límites de la decisión, debe asignársele la “*dirección material del proceso*”<sup>19</sup>.

Qué significa ello: que el juez asume un cometido de guía y de propulsión procesal no solamente técnica y formal (controlando la observancia de las reglas del *fair play* y el ordenado y rápido desarrollo del procedimiento) sino también material, es decir, que desde la fase preparatoria del procedimiento, el magistrado asume un cometido de carácter activo y asistencial respecto de las partes, discutiendo con ellas la mejor formulación de las demandas y excepciones, colaborando con las mismas en la búsqueda de la verdad, y, en suma, actuando a fin de que la victoria sea de la parte que efectivamente tenga razón y no de aquella que sepa prevalecer en virtud de la propia mayor fuerza económica o por la mayor habilidad propia o del propio defensor.<sup>20</sup>

A partir de la concepción de la “*publicización*” o “*socialización del proceso*” que ya fuera sustentada enfáticamente por Giuseppe CHIOVENDA, y su prédica reformadora, se vertebra un proceso civil que tiene como premisas fundamentales la oralidad, la inmediación y un juez dotado de facultades instructorias y ordenatorias que asume el rol de

---

<sup>18</sup> SPRUNG, Rainer, “Le basi del Diritto Processuale Civile austriaco”, en la Rivista di Diritto Processuale, XXXIV, 1979, ps. 27 y sgtes., citado por Franco CIPRIANI, “En el centenario del Reglamento Klein (El proceso civil entre libertad y autoridad)”, Revista Jurídica del Perú, Año LI, N° 18, Enero 1999-Enero 2001, p. 121.

<sup>19</sup> CAPPELLETTI, Mauro, “La oralidad y las pruebas en el proceso civil”, citada, p. 125.

<sup>20</sup> Ibidem, p. 79.

verdadero director del proceso. Su pensamiento es concretado parcialmente en el Código di Procedura Civile italiano de 1940.

Cabe destacar que los principios liminares de éste ordenamiento procesal, con la impronta señalada, se propaga ampliamente en las ordenanzas de Europa continental y de allí, pasa a influir en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica (1988) - rápidamente adoptado como Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay (1989)- que constituyó un paradigma y de fuente inspiradora de diversas reformas legales, tales como en el nuevo ordenamiento procesal de Perú de 1992<sup>21</sup>, incisivas modificaciones brasileñas adoptadas a partir de 1994<sup>22</sup>, en la nueva reforma del procedimiento civil implementado en Cuba a través del Decreto 241 del 26.9.2006, entre otros. En similar corredor de ideas, se inscribe Código General del Procesal de Colombia de 2012.

Sin lugar a duda, el *poder-deber de dirección del proceso*, es la reacción más importante de la orientación publicística del Derecho Procesal; “el juez deja de ser un espectador, con algunas atribuciones, para convertirse en una autoridad, en un sujeto actuante que interviene activamente en el proceso, sin que necesite el estímulo externo de una rogación”<sup>23</sup>.

## VI. INICIATIVA PROBATORIA DEL ÓRGANO JURISDICCIONAL

Si bien la facultad de dictar medidas concernientes a la prueba le fue reconocida a los jueces hace más de setecientos años (1258) en Las siete partidas del rey Alfonso X el Sabio -que reflejaba la aspiración de alcanzar la verdad en los procesos-, no cabe duda que constituye una de las premisas liminares de la concepción publicística del proceso y tiene su fundamento en el incremento de los *poderes-deberes del juez en materia probatoria* al dotar al juez de una *función esclarecedora* de los hechos controvertidos<sup>24</sup>.

---

<sup>21</sup> MONROY GÁLVEZ, Juan., “La formación del proceso civil peruano. Escritos reunidos”, 2ª ed., Palestra, Lima, 2004.

<sup>22</sup> BARBOSA MOREIRA, José C., “Os novos rumos do processo civil brasileiro”, en “Temas de Direito Processual”, Sexta Serie, Saravia, San Pablo, 1997, ps. 67 y sgtes.

<sup>23</sup> DIAZ, Clemente A., “Instituciones...”, citada, Tº II-A, ps. 241 y 242.

<sup>24</sup> Dicha iniciativa probatoria jurisdiccional fue incorporada al Código de Procederes de Santa Cruz en Bolivia (1833) y a la Ley de Enjuiciamiento Española de 1855, en su art. 48. Podemos mencionar también el Código de Procedimientos Civiles de Perú elaborado entre 1904 y 1908 (art. 340), el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal de México sancionado el 21.9.1932 (arts. 278 y 279) y Código Procesal de Trabajo de Colombia de 1948 (art.54). Antecedentes legislativos, jurisprudenciales y doctrinarios son

Este poder-deber de los jueces se efectiviza a través de las denominadas **medidas de mejor proveer** que tienden a satisfacer la finalidad de la prueba antes desarrollada.

Este instituto ha sido cuestionado a partir –en mi opinión- de criterios ideológicos. Es así que un sector minoritario de la doctrina, que se autodenominó “*garantistas*” –como si los defensores del proceso civil con plenas garantías que proclaman una actividad jurisdiccional de naturaleza pública, con un juez protagonista y que tienda a un resultado útil y justo no lo sean- primero, y principalmente, en Italia (CIPRIANI), a los que se han sumado otros en España (MONTERO AROCA) y en Argentina (ALVARADO VELLOSO) y en otros países, con un entusiasmo y un apasionamiento propio de apóstoles o evangelistas, según opina VAZQUEZ SOTELO<sup>25</sup>, sostienen enfáticamente, que si se atribuye al juez iniciativas probatorias de oficio -dentro de poderes-deberes de dirección- el proceso civil resultante sería autoritario, propio de regímenes totalitarios. Postura ésta que ha sido amplia y sólidamente refutada,<sup>26</sup> máxime teniendo en cuenta que las facultades instructorias del juez, tal como se ha expresado datan del siglo XIII (Las siete partidas).

Aparte de los erróneos planteos ideológicos invocados, se impugna la actividad esclarecedora del juez sobre la base de los siguientes argumentos que intentaré rebatir:

a) La iniciativa de la prueba corresponde únicamente a las partes y el juez debe pronunciar su sentencia solo con la prueba que las partes aporten y según el resultado de esa prueba y de la distribución legal de las cargas probatorias, conforme el aforismo “*iudex judicare debet secundum allegata et probata partium*”.

Estimo que el derecho a la prueba de que gozan las partes no implica el monopolio de la prueba a favor de los litigantes. El juez debe pronunciar su fallo sobre la base de la certeza de los hechos litigiosos, y la prueba de éstos, ante la insuficiencia de la aportada por las partes, le corresponde al juez sentenciante. Ello resulta imprescindible para que el mismo tenga la convicción, la certeza de lo ocurrido, por cuanto es criterio jurisprudencial

---

desarrollados minuciosamente por PARRA QUIJANO, Jairo, “Racionalidad e ideología en las pruebas de oficio”, Temis, Bogotá, 2004, ps. 67 y sgtes.

<sup>25</sup> VAZQUEZ SOTELO, José L. “Iniciativas probatorias del juez en el proceso civil”, Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, Año VIII, N° 13, 2009, Rubinzal-Culzoni, Sta. Fé, 2003, p. 207.

<sup>26</sup> PARRA QUIJANO, Jairo, “Racionalidad e ideología de las pruebas de oficio”, citada; TARUFFO, Michele, “La prueba de los hechos”, trad. de Jordi FERRER BELTRÁN, 2ª ed., Trotta, Madrid, 2005; PICÓ I JUNOY, Joan, “El juez y la prueba”, Bosch, Barcelona, 2007; VAZQUEZ SOTELO, José L. “Iniciativas probatorias del juez en el proceso civil”, citada.

uniforme de que “la renuncia consciente a la búsqueda de la verdad jurídica objetiva no se compadece con la misión de administrar justicia”<sup>27</sup>.

b) El carácter privado del objeto litigioso impide al juez adoptar iniciativas probatorias. Esta concepción privatista del proceso, que lo considera un negocio particular, ha sido superada por la visión publicista, que lo concibe como el instrumento necesario para el ejercicio de la actividad jurisdiccional del Estado. En atención a ello, resulta imperioso y necesario asegurar al juez, en cierta medida, el comando efectivo del juicio y conferirle poderes e imponerles deberes para disponer todas las medidas tendientes a la investigación de la realidad de los hechos litigiosos.

c) Los litigantes son los que mejor defienden sus intereses y, en consecuencia, nadie se encuentra en mejores condiciones de conocer los medios probatorios que acrediten la certeza de sus alegaciones.

Se relativiza la realidad de los hechos controvertidos; se confunde el interés que se debate en el proceso con el proceso mismo. El interés objeto del proceso es privado, el proceso judicial es público, pues le interesa al Estado y a la sociedad. El proceso no es un juego en el cual el juez debe permanecer inactivo, presenciando como la parte más habilidosa obtiene mejores resultados, basados en una supuesta igualdad de las partes.

d) Se destruye la institución de la carga probatoria, por cuanto el juez probará la existencia o inexistencia del hecho que, en virtud del *onus probandi* correspondía probar a las partes. No resulta sustentable este razonamiento por cuanto la carga de la prueba sigue, en principio, perteneciendo a las partes, pero en ausencia o insuficiencia de los elementos obrantes en los actuados, el juez asume su plenitud jurisdiccional y debe, dentro de los fines que le determina la ley, esclarecer los hechos controvertidos, no pudiendo invocar aquéllas en este caso ninguna violación de derechos, porque el interés público de lograr una adecuada justicia, se superpone al interés privado que puedan alegar las mismas.

La circunstancia de que las medidas decretadas coincidan con la prueba ofrecida por las partes no importa suplir la actividad de ellas, por cuanto no es posible desconocer la enorme importancia que, como fuente de información del juzgador, tienen las personas o los instrumentos indicados por aquéllas como antecedentes más inmediatos de la verdad.

---

<sup>27</sup> Corte Suprema Justicia de la Nación Argentina, 23.12.1980, “O., J. C. c. A., O. N.”, Rev. El Derecho, tº 93, p. 751; Rev. La Ley, tº 89, p. 412.

Ello no implica beneficios o perjuicios para las partes, pues los testigos no deben ni pueden declarar sino la verdad de tal modo que la imparcialidad y veracidad de sus testimonios esta fundado el valor de esta clase de prueba; lo mismo ocurre cuando requiere un dictamen pericial, solicita una prueba informativa o la remisión de una documentación; el juez, al decretarla desconoce el resultado o su tenor y si acreditará o nó los hechos invocados por los litigantes.

El poder-deber del juez de esclarecer la verdad de los hechos controvertidos no puede limitarse mediante interpretaciones restrictivas que desvirtúan los propósitos del ordenamiento procesal; por ello considero admisible que los magistrados “*ex officio*” deben decretar la producción de pruebas, que la negligencia de las partes ha impedido su incorporación al proceso.<sup>28</sup> No hay con ello violación al principio de la igualdad en juicio, por cuanto dicha decisión esta dirigida a ambos litigantes, lo que quiere decir que, en idéntica situación de duda, los dos pueden ser beneficiados con la providencia, y las modalidades de cada caso determinarán si el juez ha procedido o no con arbitrariedad de uno u otro. En tal sentido, criteriosamente afirmó GOZAINI que los jueces no pueden evadir, a sabiendas, el compromiso hacia la verdad y la justicia<sup>29</sup>.

La CSJN argentina ha sido terminante al asentar como firme doctrina que “hacer justicia, misión específica de los magistrados, no importa otra cosa que la recta determinación de lo justo *in concreto*; y ello sólo se puede lograr ejerciendo la virtud de justicia en la realización efectiva del derecho en las situaciones reales que se le presenten, lo que exige conjugar los principios enunciados en la ley con los elementos fácticos del caso, cuyo consciente desconocimiento no se compadece con la misión de administrar justicia”<sup>30</sup>.

Estoy convencido de la necesidad de conferir al juez *poderes-deberes para el esclarecimiento de la verdad*, desligándolo así del concepto privatista, donde el impulso procesal corresponde a las partes y el juez es un simple espectador. No se trata de un

---

<sup>28</sup> En sentido contrario, PALACIO afirmó “la prohibición de que las facultades instructorias que la ley concede a los jueces puedan ser ejercidas para suplir la negligencia en que hubiere incurrido cualquiera de las partes en la producción de la prueba por ella ofrecida, ya que lo contrario importaría afectar la igualdad que tienen los jueces el deber de mantener entre los litigantes”. PALACIO, Lino E., “Derecho Procesal Civil”, Abeledo-Perrot, Bs. As., 6ª y 7ª reimpresión, Tº II, p. 269.

<sup>29</sup> GOZAINI, Osvaldo A., “Derecho Procesal Civil”, Ediar, 1991, Bs. As., Tº I, ps. 312-313.

<sup>30</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, 23.12.1980, “O., J. C. c. A., O. N.”, citada, considerandos. 5º y 6º.

divorcio absoluto con el sistema dispositivo, sino simplemente de amoldarlo a las exigencias de las mas modernas concepciones científicas del proceso.

En las últimas dos décadas del siglo pasado se registra una tendencia en todas las legislaciones procesales a reforzar los poderes del juez en el proceso civil, confiriéndole iniciativas probatorias tendientes a la dilucidación y aclaración de los hechos litigiosos.

## **VII. LÍMITES A LOS PODERES OFICIOSOS DEL ÓRGANO JURISDICCIONAL**

La postura asumida que confiere al juez la misión de investigar los hechos litigiosos por todos los medios posibles, de manera alguna implica la búsqueda libre de la verdad por parte de los magistrados, pues ello desborda y extralimita su verdadera función y actividad jurisdiccional.

El juez “no debe ser un investigador de la verdad en cualquier caso, sino un facilitador de la producción de la prueba propuesta, de su conservación y de su aprovechamiento pleno; y excepcionalmente, un promotor de la obtención de aquella mediante el despacho de pruebas oficiosas. Así, al fallar, quizás todavía abrigue algunas dudas acerca de si descubrió la verdad, pero habrá cumplido con su real misión acotada pero excelsa: aproximarse a la verdad limitada y selectivamente”<sup>31</sup>.

Las fronteras y los confines de los derechos, es uno de los temas más arduos de toda la ciencia jurídica, de la misma medida que su necesidad es imperiosa. Así, como es imprescindible determinar los límites y resguardos para que las tutelas privilegiadas no se desborden ni se expandan hasta convertirse en regla, con desmedro y vaciamiento del proceso común; resulta fundamental precisar los bordes y términos del activismo judicial que, exacerbado, desembocaría en un dramático y no querido “gobierno de los jueces”<sup>32</sup>. MORELLO solía afirmar que “en este juego de avance y contención al derecho siempre lo definen los límites”.<sup>33</sup>

---

<sup>31</sup> PEYRANO, Jorge W., “El juez y la búsqueda de la verdad en el proceso civil”, Rev. La Ley, tº 2011-A, p. 1087.

<sup>32</sup> BERIZONCE, Roberto O., “Activismo judicial y participación en la construcción de las políticas públicas”, Revista de Derecho Procesal (Número extraordinario conmemorativo del Bicentenario), Rubinzal-Culzoni, Sta. Fé, 2010, p. 169.

<sup>33</sup> MORELLO, Augusto M., SOSA, Gualberto L., BERIZONCE, Roberto O., “Códigos Procesales de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación. Comentados y Anotados”, Platense-Abeledo Perrot, La Plata, 2004, t. III, p. 101.

## **1. Derecho a la prueba**

Constituye una de las manifestaciones más importantes de las garantías fundamentales de la acción y de la defensa en juicio. Ello es así, pues dado que de la actividad probatoria de las partes depende su posibilidad de satisfacer las cargas probatorias, y por consiguiente, el resultado final de la controversia, es claro que los litigantes deben poder valerse de todos los medios posibles para intentar acreditar el fundamento de sus alegaciones de hecho.

Así como existe un derecho subjetivo para iniciar el proceso y obtener en él una sentencia, lo mismo que un derecho de recurrir todo pronunciamiento judicial, existe un derecho subjetivo de probar en el proceso los hechos invocados que avalan la pretensión incoada, la excepción opuesta o el responde formulado. El rol de las partes –se ha dicho- no aparece realizado en términos de poderes dispositivos sino de garantía, ubicándolos en un plano de paridad con el juez, en cuanto a la facultad de determinar la búsqueda del material probatorio<sup>34</sup>.

El derecho a la prueba reviste desde el plano constitucional, una importancia crucial al erigirse en uno de los vértices más álgidos de la tutela efectiva de los derechos y donde hace pie, en concreto, la garantía de la defensa en juicio.

Ese *derecho a la prueba* de que gozan las partes implica en lo que se refiere a las medidas ordenadas de oficio por el juez, las siguientes prerrogativas:

- a) impugnar su relevancia y admisibilidad, y discutir su eficacia;
- b) controlar y participar en su producción: entre sus facultades se encuentran las de interrogar y repreguntar a los testigos, recusar a los peritos, etc.;
- c) ofrecer medidas para contrarrestarlas: presentar documentos, ofrecer testigos, requerir informes y cualquier medida probatoria tendiente a desmentir la veracidad que genere la prueba oficiosa;
- d) impugnar el resultado de las mismas: alegar sobre la idoneidad de los testigos que declararon; solicitar explicaciones, aclaraciones y formular objeciones e impugnaciones a dictámenes periciales; y

---

<sup>34</sup> GREIF, Jaime, “Prueba y Constitución”, Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, año I, n° 2, Rubinzal-Culzoni, Sta. Fé, 2002, p. 170.



e) alegar sobre el mérito de la prueba producida.

En fin, ejercer todas las prerrogativas que le está permitido en desarrollo de las mismas, pues no existe diferencia alguna entre la prueba oficiosa y la prueba a solicitud de parte, en cuanto al mérito y a las formalidades en su práctica.

Puede apreciarse claramente que las facultades que gozan las partes emergentes del derecho a la prueba, constituye la satisfacción plena de los principios liminares de todo proceso: el de bilateralidad o contradicción y de igualdad de las partes.

La premisa es que no todo vale para alcanzar la verdad en el proceso, pues si es inconcebible que una de las partes ofrezca y produzca medios probatorios sin que a la contraria se le brinde la posibilidad de contradecirla mediante esa actividad, resulta injustificable que el juez pueda practicar actividad probatoria sobre cualquiera de los extremos fácticos controvertidos, omitiendo el cumplimiento del derecho de contradicción de las partes; ello repugna el derecho de defensa y provoca la inadmisibles *“esistenza di poterio solitari del giudice”*<sup>35</sup>.

## **2. Adecuada fundamentación**

Es sabido que los jueces tienen el deber de fundar sus pronunciamientos, por cuanto estos han de constituir una derivación razonada del derecho vigente y no producto de su voluntad individual, de lo contrario se convertirían en afirmaciones dogmáticas por estar desprovistas del necesario fundamento que es condición indispensable de las resoluciones judiciales.

En materia de decisiones oficiosas y específicamente en la faz probatoria, estimo que debe constituir una *exigencia inexcusable la adecuada fundamentación* que debe contener el pronunciamiento que se dicte al respecto.

En efecto, las decisiones judiciales, especialmente en cuestiones vinculadas al ejercicio discrecional de las potestades conferidas a los magistrados requieren que se expliciten debidamente los fundamentos del pronunciamiento dictado, pues estamos frente a una situación excepcional que exige la necesidad de justificar idóneamente la razonabilidad de la medida adoptada, amén de constituir la garantía constitucional para el ejercicio de los

---

<sup>35</sup> FABRINI, G., *“Potere del giudice”*, en *“Enciclopedia del diritto”*, Tº XXXIV, citado por DÍAZ CABIALE, José A., *“Principio de aportación de parte y acusatorio:...”*, Comares, Granada, 1996, p. 77.

controles de legalidad y legitimidad que deben ejercer los litigantes tendientes a verificar los eventuales y posibles defectos en que se ha incurrido, de manera de permitir la satisfacción plena del derecho de defensa por vía recursiva y el control de decisión por parte del tribunal superior<sup>36</sup>.

### **VIII. LABOR MANCOMUNADA: JUEZ Y PARTES (ABOGADOS) O DEBER DE COOPERACIÓN ENTRE JUECES PROTAGÓNICOS Y ABOGADOS ACTIVOS**

Si resulta claro, indiscutible y legítimo el incremento de los poderes instructorios del juez en aras de determinar la realidad de los hechos que las partes afirman en oposición, también debe ser concluyente determinar la necesidad de imponer controles a los magistrados en el ejercicio de los poderes conferidos y los deberes impuestos. Poderes, deberes y responsabilidades son inescindibles, del mismo modo que los derechos y las obligaciones **(No hay derecho sin obligación, pues un derecho no es eficaz en sí mismo, sino solo por la obligación a la cual corresponde)**.

La efectiva y concreta responsabilidad de los magistrados se logra confiriendo un mayor control de su actividad jurisdiccional por parte de los sujetos procesales, ya que la participación activa de las partes –en realidad de los abogados, que revisten el carácter de apoderados o patrocinantes- equilibrará los poderes y deberes de los jueces y constituirá la garantía más idónea para impedir el ejercicio arbitrario e ilimitado de aquellos<sup>37</sup>.

Los abogados durante el proceso “son los colaboradores necesarios del juez y sus vigilantes inspiradores”<sup>38</sup>. No debemos olvidar la sabia sentencia de MONTESQUIEU “Para salvar a la sociedad del despotismo es necesario que el poder detenga el poder”.

Por ello, a mayor poder de los jueces mayor control de los abogados, estos son actores solidarios en el drama judicial. “Jueces y abogados se hallan juntos e indivisiblemente enfrentados al crucial desafío de cumplir la misión trascendente asignada

---

<sup>36</sup> Conforme De los SANTOS, Mabel, “Tipos de incongruencia. Límites a las potestades judiciales, flexibilización y distintos supuestos. Vinculación con las garantías constitucionales y la arbitrariedad de sentencia”, ponencia al XXIV Congreso Nacional de Derecho Procesal, 8 a 10 de noviembre de 2007, Mar del Plata, publicación oficial, p. 7.

<sup>37</sup> MASCOTRA, Mario, “Avances y retrocesos en el Derecho Procesal. La privación de poderes de los jueces y la omisión de su ejercicio constituyen una violación a la Constitución”, Rev. El Derecho, del 23.5.2000, Suplemento Universidad del Salvador.

<sup>38</sup> PARRA QUIJANO, Jairo, “Racionalidad e ideología en las pruebas de oficio”, citada, p. 222.

al sistema de justicia. Juntos necesariamente deberán recorrer el abrupto camino, porque la Justicia sólo se salvará por la acción mancomunada de unos y otros”<sup>39</sup>.

En esa inteligencia, afirmó el Maestro MORELLO: “A más facultades (o deberes o poderes) mayor bilateralidad y controles...el uso responsable de la Jurisdicción se lleva a cabo a través de un proceso organizado con “todas las de la ley” en el cual el equilibrio de los poderes –del juez y de los abogados de las partes- debe permitir lograr acceder a la verdad jurídica objetiva, otorgándole a ésta la primacía que le corresponde para afianzar la Justicia, toda vez que su esclarecimiento es prioritario...Poderes coparticipados entre el juez y las partes. O dicho de otro modo, que su rol de director del procedimiento no instala al órgano judicial en una posición de “super parte”.<sup>40</sup>

El profesor francés Roger PERROT, en lúcida síntesis señaló que el juez moderno está llamado a desempeñar un incanjeable papel en la búsqueda de la verdad, en la medida que es su deber descubrir la verdad (o hacer todo lo posible para descubrirla), tarea ésta que cada vez se manifiesta *más como el resultado de una colaboración inteligente y activa entre el juez y las partes*<sup>41</sup>.

La concepción de cooperación además de implicar un juez activo, ubicado en el centro de la controversia, importa la búsqueda de un punto de equilibrio. Ese objetivo se alcanza a través del fortalecimiento de los poderes de las partes, por su participación más activa y leal en el proceso de formación de la decisión, en conformidad con una visión no autoritaria del rol del juez y más contemporánea cuanto a la división de trabajo entre el órgano judicial y las partes.

## IX. CONCLUSIONES

A tenor de los conceptos vertidos, sintetizo las siguientes conclusiones:

1. El proceso civil moderno debe asentarse sobre cinco postulados fundamentales:  
1) diálogo fluido y permanente entre las partes; 2) igualdad de posibilidades entre los

---

<sup>39</sup> STORME, M. y COESTER-WALTJEN, “*Judicial activism*” en “*Papel e organização de magistrados e advogados nas sociedades contemporâneas*”, Coimbra-Lisboa, A.M. Pessoa Vaz, 1995, p. 376, citado por BERIZONCE, Roberto O., “Recientes tendencias en la posición del juez”, ponencia ante al XI Congreso Internacional de Derecho Procesal, 25-28 de agosto de 1999, Viena, publicación oficial.

<sup>40</sup> MORELLO, Augusto M., “Los poderes del juez en la Reforma procesal civil, en curso, en la Provincia de Buenos Aires”, Rev. El Derecho, tº 179, p. 1150.

<sup>41</sup> MORELLO, Augusto M., “El derecho a la prueba en el proceso civil. Panorámica actual”, Rev. La Ley, tº 1988-C, p. 780.

litigantes; 3) ejercicio real y efectivo de los poderes-deberes de los jueces; 4) equilibrio entre los magistrados y las partes; 5) respeto ineludible al derecho de defensa y a todas las garantías constitucionales y 6) conduzca a un pronunciamiento justo, equánime, basamentado en la realidad de los hechos litigiosos y no en la ficción, y que sea herramienta de paz social.

2. El ejercicio de los poderes-deberes instructorios constituyen una exigencia constitucional para dictar un pronunciamiento judicial ajustado a derecho y de manera alguna es una atribución contingente sujeto al arbitrio del órgano jurisdiccional.

3. La eventual iniciativa probatoria del juez, respetando los hechos del proceso y las fuentes de prueba existentes en él, tienden a acercarse más a la verdad, a la legalidad y a la realización de la justicia, sin lesionar otros valores respetables.

4. Si bien el juez no tiene como misión fundamental y preponderante la búsqueda de pruebas, es su deber **“esclarecer la verdad de los hechos controvertidos”**, poder que debe ser ejercido en forma efectiva y que desborda el mero esclarecimiento de las pruebas aportadas por las partes.

5. Las medidas probatorias que se ordenan de oficio deben respetar las plataformas fácticas invocadas por las partes en sus escritos constitutivos; excepcionalmente alcanzarán a los hechos y las fuentes de prueba no aportadas por los litigantes y que surjan de las propias actuaciones, que tengan relevancia jurídica y decisiva para juzgar la procedencia y admisibilidad de las pretensiones incoadas.

6. Ni la endeble posición de la parte, ni su error de estrategia procesal, incluyendo su negligencia, es impedimento al ejercicio de los poderes-deberes instructorios de juez, pues debe priorizarse la preocupación por la justicia del caso concreto.

7. El deber de esclarecimiento y el objetivo de dictar una sentencia basamentada en la realidad de los hechos litigiosos, conduce a la conclusión, que ante conductas “patológicas” de las partes, cuando la debilidad de la postura de una de ellas aparece tan nítida que aplicar las reglas de la carga probatoria pueda llevar a una solución visiblemente injusta, el juez debe disponer por sí medidas instructorias, inclusive supliendo ausencias en la actividad probatoria de las partes.

8. Las decisiones que ordenan oficiosamente medidas probatorias siempre deben ser debidamente fundadas y sujetas a control; sus límites son las garantías constitucionales: la

igualdad de las partes, el derecho a ser oído y el proceso justo, que implica el respeto a los principios de razonabilidad y de proporcionalidad, en la búsqueda de un equilibrio entre la seguridad y la equidad.

9. Los poderes-deberes instructorios deben ejercerse con una cuidadosa aplicación del principio de contradicción admitiendo la impugnación fundada de la decisión adoptada, como asimismo garantizar el cumplimiento del principio de igualdad, otorgando a las partes el pleno, amplio y total ejercicio del derecho a ofrecer todas las medidas probatorias que avalen su derecho, la práctica de contrapruebas y el poder participar activamente de su producción. El respeto de tales principios impedirá cualquier connotación arbitraria de la iniciativa probatoria del magistrado.

10. La práctica de los poderes-deberes instructorios conferidos por el ordenamiento legal debe ser llevada a cabo *razonablemente*, es decir, a través del ejercicio moderado, prudente y sesudamente calibrado de un *buen hacer* jurisdiccional. Es decisivo resguardar la razonabilidad, controlando, en los “casos concretos”, los límites para que los excesos de poder, el quiebre de la legalidad, la arbitrariedad, la excesiva discrecionalidad judicial, el absurdo o el abuso no desvirtúen el ejercicio legítimo de los poderes-deberes otorgados por el ordenamiento legal.

11. Temen algunos de la arbitrariedad, y parcialidad de los magistrados intervinientes al conferírseles amplios poderes instructorios.<sup>42</sup> La preocupación es la de siempre cuando el factor humano se trata. Es de presumir que quienes ejercen la augusta función de juzgar a sus semejantes, reúnan las condiciones intelectuales y morales requeridas. Para quien no las posea o no desempeñe el cargo con cabal sentido de la responsabilidad que importa, el ordenamiento legal contempla los remedios para resolver esa situación patológica. La función del juez se ejerce dentro del marco jurídico y se halla vigilada por tribunales superiores, por otros funcionarios, por los litigantes y los profesionales.

---

<sup>42</sup> SENTIS MELENDO afirmaba que el peligro más frecuente que presentan los poderes del juez, es el no ejercicio de ellos; “un magistrado puede pasarse la vida sin hacer uso de esos poderes que la ley ha puesto en sus manos, y que los ha puesto para que se ejerciten”. SENTIS MELENDO, Santiago, “La Prueba. Los grandes temas del derecho probatorio”, EJE, Bs. As., 1979, ps. 208 y 209. La realidad tribunalicia –del universo entero- es la prueba más palpable y concluyente de ello. De modo similar se pronunció ESCLAPEZ, cuando sostuvo que no hay que temer a las facultades otorgadas a los jueces..el peligro está en que el juez, por exceso de trabajo o indiferencia, no haga uso de esas facultades, cuando la situación del pleito así lo exija. ESCLAPEZ, Hugo, “Los tres principios rectores del nuevo CPCCN”, en Revista Jurídica de San Isidro, 1968-I-245.

12. No considero aceptable que por temor a dejar en manos de jueces incompetentes, se prive a los magistrados idóneos los poderes-deberes enderezados al esclarecimiento de la realidad de los hechos litigiosos y a discernir justicia dando realmente a cada uno lo suyo en lo humanamente posible. A los malos jueces, si los hay, habrá que eliminarlos por la vía legal. Los buenos jueces afianzarán la justicia que sólo se logra cuando la sentencia es expresión de lo verdadero y de lo justo.

13. El ejercicio real y efectivo de los poderes-deberes instructorios del juez, en la amplitud y extensión sustentada, hoy impracticable, por múltiples razones (exceso de delegación de funciones, cúmulo de conflictos judiciales que provoca colapso judicial, deficiencias de infraestructura, criterios formalistas y ritualistas, temor a modificar criterios tradicionales, cuando no rutinarios por una acendrada mentalidad conservadora, ausencia de espíritu de sacrificio y de criterios responsables en paralelo al fundamental y decisivo rol asignado por el ordenamiento jurídico) y habida cuenta del estado actual del Servicio de Justicia, puede aparecer como un emprendimiento imposible, no obstante, lo estimo total y absolutamente imprescindible.

14. Las propuestas formuladas están destinadas a una estructura judicial, o mejor dicho a un Poder Judicial integrado por magistrados consustanciados con el ideario de Angel OSSORIO: “El Juez no puede ser simplemente un profesional, porque su misión está situada entre los hombres y los dioses”<sup>43</sup>. Quizás hallar jueces ideales pueda ser una utopía, pero no debemos olvidar, como se ha dicho sabiamente, que las utopías son inalcanzables, pero caminar hacia ellas, al menos, nos acerca. Estoy convencido que si renunciamos a las utopías, habremos perdido parte de la aventura de la vida.

---

<sup>43</sup> OSSORIO, Angel, “El alma de la toga”, 11ª ed., EJE, Bs. As., 1986, p. 360.

## X. BIBLIOGRAFÍA

- BARBOSA MOREIRA, José C., “Os novos rumos do processo civil brasileiro”, en “Temas de Direito Processual”, Sexta Serie, Saravia, San Pablo, 1997.
- BERIZONCE, Roberto O., “Activismo judicial y participación en la construcción de las políticas públicas”, Revista de Derecho Procesal (Número extraordinario conmemorativo del Bicentenario), Rubinzal-Culzoni, Sta. Fé, 2010.
- CALAMANDREI, Piero, “Estudios sobre El Proceso Civil”, trad. de Santiago SENTÍS MELENDO, Bibliográfica Argentina, Bs. As., 1945.
- CALAMANDREI, Piero, “Instituciones de derecho procesal civil, según el nuevo Código”, trad. Santiago SENTÍS MELENDO, El Foro, Bs. As., 1996, vol. I.
- CAPPELLETTI, Mauro, “La oralidad y las pruebas en el proceso civil”, trad. por Santiago SENTÍS MELENDO, EJE A, Bs. As., 1972, p. 123.
- CARNELUTTI, Francesco, “Derecho y Proceso”, traducción de “*Diritto e processo*”, Moranó, Napoli, 1958, por Santiago SENTÍS MELENDO, EJE A, Bs. As., 1971, t. I.
- CARNELUTTI, Francesco, “Instituciones del Proceso Civil”, trad. de Santiago SENTÍS MELENDO, Librería “El Foro”, Bs. As., 1997, vol. I.
- COUTURE, Eduardo J., “Fundamentos del Derecho Procesal Civil”, 5ª ed., La Ley, Bs. As., 2010.
- DÍAZ, Clemente A., “Instituciones de Derecho Procesal”, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1968, t. I.
- FABRINNI, G., “*Potere del giudice*”, en “*Enciclopedia del diritto*”, t. XXXIV, citado por DÍAZ CABIALE, José A., “Principio de aportación de parte y acusatorio:...”, Comares, Granada, 1996.
- GOZAÍNI, Osvaldo A., “Derecho Procesal Civil”, Ediar, 1991, Bs. As., t. I.
- GREIF, Jaime, “Prueba y Constitución”, Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, año I, n° 2, Rubinzal-Culzoni, Sta. Fé, 2002.
- LIEBMAN, Enrico T., “Manual de Derecho Procesal Civil”, trad. por Santiago SENTÍS MELENDO, EJE A, Bs. As., 1980.
- MASCIOTRA, Mario, “Avances y retrocesos en el Derecho Procesal. La privación de poderes de los jueces y la omisión de su ejercicio constituyen una violación a la

- Constitución”, Rev. El Derecho, del 23.5.2000, Suplemento Universidad del Salvador.
- MONROY GÁLVEZ, Juan., “La formación del proceso civil peruano. Escritos reunidos”, 2ª ed., Palestra, Lima, 2004.
- MORELLO, Augusto M., “El derecho a la prueba en el proceso civil. Panorámica actual”, Rev. La Ley, t. 1988-C.
- MORELLO, Augusto M., “Los poderes del juez en la Reforma procesal, en curso, en la Provincia de Buenos Aires”, Rev. El Derecho, t. 179.
- MORELLO, Augusto M., SOSA, Gualberto L., BERIZONCE, Roberto O., “Códigos Procesales de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación. Comentados y Anotados”, Platense-Abeledo Perrot, La Plata, 2004, t. III.
- OSSORIO, Ángel, “El alma de la toga”, 11ª ed., EJE, Bs. As., 1986.
- PEYRANO, Jorge W., “El juez y la búsqueda de la verdad en el proceso civil”, Rev. La Ley, t. 2011-A, p. 1087.
- RIVAS, Adolfo A., “Teoría General del Derecho Procesal”, Lexis Nexis, Bs. As., 2007.
- SATTA, Salvatore, “Manuel de derecho procesal civil”, trad. Santiago SENTÍS MELENDO y Fernando de la RÚA, EJE, BS. As., 1971, vol. I.
- SENTIS MELENDO, Santiago, “El Proceso Civil. Estudio de la reforma procesal argentina”, EJE, Bs. As., 1957.
- SPRUNG, Rainer, “Le basi del Diritto Processuale Civile austriaco”, en la Rivista di Diritto Processuale, XXXIV, 1979, ps. 27 y sgtes., citado por Franco CIPRIANI, “En el centenario del Reglamento Klein (El proceso civil entre libertad y autoridad)”, Revista Jurídica del Perú, Año LI, N° 18, Enero 1999-Enero 2001.
- STORME, M. y COESTER-WALTJEN, “*Judicial activism*” en “*Papel e organização de magistrados e advogados nas sociedades contemporâneas*”, Coimbra-Lisboa, A.M. Pessoa Vaz, 1995, p. 376, citado por BERIZONCE, Roberto O., “Recientes tendencias en la posición del juez”, ponencia ante el XI Congreso Internacional de Derecho Procesal, 25-28 de agosto de 1999, Viena, publicación oficial.
- VAZQUEZ SOTELO, José L. “Iniciativas probatorias del juez en el proceso civil”, Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, Año VIII, N° 13, 2009, Rubinzal-Culzoni, Sta. Fé, 2003.



WACH, Adolf, “Manual de Derecho Procesal Civil”, trad. por Tomas A. BANZHAF,  
EJEA, Bs. As., 1977, vol. I.