

Capítulo 1

Las partes y sus abogados en el proceso

SUMARIO: 1. Aproximación a un concepto de partes
1.1. El concepto de parte en la doctrina autoral 1.2. Significación procesal del concepto de parte
2. El abogado en el proceso
2.1. La capacidad de postulación ¿conducta de la parte o conducta de su abogado? 2.2. La lealtad del abogado con su defendido
3. La dialecticidad del proceso y las partes. Criterios de la doctrina autoral
3.1. El proceso y su dinamismo 3.2. El proceso como juego razonado 3.3. El proceso como método de debate dialéctico frente a las corrientes de publicización
4. Una distinción necesaria: Deberes, obligaciones y cargas procesales
4.1. Importancia de la distinción frente a las normas que permiten la valoración judicial de la conducta de las partes. Un ejemplo paradigmático: La exhibición documental 4.2. Función de la carga procesal
5. Premisas axiológicas a ser tomadas en cuenta para el análisis del proceso

1. APROXIMACIÓN A UN CONCEPTO DE PARTES

Para nuestro desarrollo, y a los fines de convenir en el uso exacto de las palabras con pretensiones científicas¹², asumimos un *concepto formal* (o procesal) de parte. En efecto, esta última concepción se separa de aquella que «identifica el concepto de parte con el de titular de la relación jurídica

¹² En efecto, la multivocidad de una palabra lleva a diferentes significados, lo que conduce a su vez a la ambigüedad. *Vid. ÁLVAREZ GARDIOL, Ariel: Lecciones de epistemología. Algunas cuestiones epistemológicas de las ciencias jurídicas*, UNL, Santa Fe, 2004, pp. 59 y 60.

substantial»¹³ y de aquella que distingue «entre sujeto de la acción y sujeto de la litis, porque el proceso se hace respecto de éste, pero con la intervención de aquel»¹⁴. El concepto que mejor explica el fenómeno procesal es aquel de parte formal.

1.1. *El concepto de parte en la doctrina autoral*

Para BORJAS, «en toda actuación judicial debe haber necesariamente una o más personas que aleguen y pidan el reconocimiento de su derecho y un funcionario que las oiga y decida lo que sea de justicia: partes y jueces. Si el asunto es contencioso, las partes son dos, por lo menos: la que llama a juicio, la que reclama, nombrada *demandante* o *actor* (*de agere, ab agendo*), y la que es llamada a juicio, a quien se persigue por la cosa o por la obligación que adeuda, y que se denomina *demandado* o *reo* (por la cosa demandada, *a re*)»¹⁵.

Para CUENCA, «el concepto de parte ha sido algunas veces escindido entre partes en sentido sustancial, como sujeto de la relación material, y partes en sentido procesal, como sujeto activo y pasivo de la demanda judicial. Realmente, el concepto de parte es estrictamente procesal (...) No se concibe el proceso con una sola parte. Para que haya controversia es necesario que haya dos partes, dos adversarios y que susciten una pugna de intereses»¹⁶. Indica el autor de referencia, más adelante, que «en esta lucha jurídica de contraposiciones, intervienen, además, los llamados ‘terceros’, a quienes se les ha negado cotidianamente el concepto de partes. Casi se las quiere colocar en la orilla del proceso. En nuestra opinión, ellos tienen también esta condición, pero con carácter derivado no principal como el

¹³ Cfr. ALSINA, Hugo: *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1982, t. I, p. 277. También ALVARADO VELLOSO, Adolfo: *Introducción al Estudio del Derecho Procesal*, reimp., 2.ª parte, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, pp. 86 y 87.

¹⁴ Vid. ALSINA: ob. cit., p. 277.

¹⁵ BORJAS, Arminio: *Comentarios al Código de Procedimiento Civil Venezolano*, 5.ª, Librería Piñango, Caracas, 1979, t. I, p. 105.

¹⁶ CUENCA, ob. cit., pp. 318 y 319.

de actor o demandado. Para nosotros, parte es cualquier sujeto a quien la ley otorga el derecho de postulación en el proceso. Es tercero quien demanda al actor o al demandado y asume la condición de parte, pero con carácter derivado...»¹⁷.

Para RENGEL-ROMBERG «las partes pueden definirse más exactamente como el sujeto activo y el sujeto pasivo de la pretensión que se hace valer en la demanda judicial»¹⁸.

Mientras que para ORTIZ-ORTIZ, «parte procesal es aquel *status* o posición jurídica que ocupa una o varias personas, al inicio del proceso o durante el desarrollo de este y que, en virtud del ejercicio de sus derechos procesales, para postular o frente a quienes se postulan pretensiones, en atención a un interés jurídico cuya tutela se exige de los órganos jurisdiccionales»¹⁹.

En este sentido, para ALVARADO VELLOSO, «es *parte procesal* todo sujeto que de manera permanente o transitoria deduce en el proceso una pretensión en nombre propio o en cuyo nombre se actúa (nunca asume el carácter de parte el representante de ella) y aquel respecto de quien se pretende»²⁰.

COUTURE entiende por «parte» en su primera derivación «atributo o condición del actor, demandado o tercero interviniente, que comparecen ante los órganos de la jurisdicción en materia contenciosa, requiriendo una sentencia favorable a su pretensión»²¹.

Para VESCOVI, «lo que da la condición de parte (procesalmente hablando) es, entonces, la posición en el proceso, independientemente de la calidad

¹⁷ *Ibíd.*, pp. 320 y 321.

¹⁸ RENGEL-ROMBERG, Arístides: *Tratado de Derecho Procesal Civil venezolano según el nuevo Código de 1987*, Ed. Ex Libris, Caracas, 1991, t. II, p. 9.

¹⁹ ORTIZ-ORTIZ, Rafael: *Teoría General del Proceso*, 2.^a, Ed. Frónesis, Caracas, 2004, p. 491.

²⁰ ALVARADO: *ob. cit.*, p. 87.

²¹ COUTURE, Eduardo: *Vocabulario jurídico*, Ed. De Palma, Buenos Aires, 1997, p. 443.

de sujeto del derecho (sustancial) o de la acción (pretensión). E independientemente de que actúen por sí o por representación. Las partes lo son el que demanda y el que es demandado o a nombre de quienes se ejercen dichos actos»²².

ALSINA, «parte es aquel que en nombre propio o en cuyo nombre se pretende la actuación de una norma legal y aquel respecto del cual se formula esa pretensión. Por consiguiente, tiene calidad de tal quien como actor o demandado pida la protección de una pretensión jurídica por los órganos jurisdiccionales»²³.

Según DEVIS ECHANDÍA, «cuando se trata de relaciones procesales el concepto de parte se refiere a quienes intervienen en el proceso, sin que importe la situación en que se encuentren respecto del derecho sustancial discutido o por satisfacer y del litigio que sobre ese derecho se haya presentado»²⁴.

Para MORALES MOLINA, «es parte el que demanda en propio nombre o en cuyo nombre se demanda la tutela jurídica, es decir quien ejerce la acción y aquel frente al cual se pide la intervención del Estado, vale decir a quien se demanda (...) La idea de parte la ofrece la relación procesal y no es preciso buscarla fuera del proceso y en particular en la relación sustancial materia de la contención, pues por un lado puede haber sujetos de la relación sustancial que están fuera del proceso, como los codeudores y los coacreedores, y por otro se puede resolver, desde luego negativamente la pretensión, cuando la ejerce quien no la tiene, o contra quien no es el sujeto pasivo de ella, o sea cuando hay ausencia de legitimación para obrar del demandado, lo cual como se ha advertido, es un ejemplo de la autonomía de la acción respecto al derecho material»²⁵.

²² VÉSCOVI, Enrique: *Teoría general del proceso*, Temis, Bogotá, 1984, p. 186.

²³ ALSINA: ob. cit., p. 278.

²⁴ DEVIS ECHANDÍA, Hernando: *Compendio de Derecho Procesal*, 10.^a, Ed. ABC, Bogotá, 1985, t. I, p. 225.

²⁵ MORALES MOLINA, Hernando: *Curso de Derecho Procesal Civil*, Parte General, 11.^a, Ed. ABC, Bogotá, 1991, p. 225.

Para REDENTI, «parte en sentido procesal viene a ser *eo ipso* cualquiera que promueva (o en cuyo nombre se promueva, por un representante calificado) un proceso civil en las formas de ley, con razón o sin ella, o hasta por capricho, o por equivocación, no importa. Y así, viene a ser parte también quienquiera que espontáneamente *intervenga* en él. Pero, en la posición de parte (en sentido procesal) puede ser puesto cualquiera también por el hecho de otro, con solo que sea *llamado* o *provocado* en las formas de ley a tomar parte en él, o *constreñido a someterse a sus actos* iniciales, como, por ejemplo, quien sea citado a comparecer en un proceso de cognición o sometido a un embargo»²⁶.

Indica CHIOVENDA que «el concepto de parte derivase del concepto de proceso y de la relación procesal; es parte el que demanda en nombre propio (o en cuyo nombre es demandada) una actuación de ley, y aquel frente al cual ésta es demandada. La idea de demanda nos la da, por lo tanto, el mismo pleito, la relación procesal, la demanda; no es preciso buscarla fuera del pleito y en particular de la relación sustancial que es objeto de contienda, puesto que por un lado, puede haber sujetos de una relación jurídica litigiosa que no están en el pleito (condueño, codeudores, etc., extraños al pleito sobre la propiedad, sobre la deuda, etc.) por otro, se puede deducir en pleito una relación sustancial por una persona o frente a una persona que no es el sujeto de aquella relación...»²⁷.

Señala CALAMADREI que «la cualidad de parte se adquiere, con abstracción de toda referencia al derecho sustancial, por el solo hecho, de naturaleza exclusivamente procesal, de la proposición de la demanda ante el juez: la persona que propone la demanda, y la persona contra quien se propone, adquieren sin más, por este solo hecho, la calidad de partes del

²⁶ REDENTI, Enrico: *Derecho Procesal Civil*, EJEA, trad. S. Sentís Melendo y M. Ayerra Redín, Buenos Aires, 1957, t. I, p. 151.

²⁷ CHIOVENDA: ob. cit., pp. 6 y 7. Vid. también CHIOVENDA, Giuseppe: *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Ed. Valletta, trad. E. Gómez Orbaneja y Rafael Greco, Buenos Aires, 2005, t. II, p. 204.

proceso que con tal proposición se inicia; aunque la demanda sea infundada, improponible o inadmisibile (circunstancias todas ellas que podrán tener efecto sobre el contenido de la providencia), basta ella para hacer que surja la relación procesal cuyos sujetos son precisamente las partes»²⁸.

Señala CARNELUTTI que «la estructura del proceso contencioso permite entender por qué los que deben ser juzgados se llaman *partes*, que es un nombre extraño y un poco misterioso. ¿Qué tiene que ver con el proceso, y en general con el derecho, la noción de *parte*? La parte es el resultado de una división: el *Prius* de la parte es un todo que se divide. La noción de parte está, por tanto, vinculada a la discordia, que a su vez es el presupuesto psicológico del proceso; no habría ni litigios ni delitos si los hombres no se dividiesen»²⁹.

Continúa el autor señalando que «con estas reflexiones el nombre de parte aparece expresivo y feliz. Los litigantes son partes porque están divididos; si viviesen en paz formarían una unidad; pero también el delito, cuyo concepto está estrechamente vinculado al litigio, resulta de una división»³⁰.

Para LIEBMAN, «la determinación del concepto de parte no tiene relación alguna con el problema de la legitimación para accionar: este problema consiste en la identificación de las *justas partes y legítimos contradictores*, respecto de un determinado objeto; son, en cambio, partes en el proceso aquellos que de hecho son sujetos del mismo, y tal cualidad de los mismos, con todas las consecuencias que de ello derivan, es independiente de la circunstancia de que sean o no sean, en relación a la acción propuesta, también las partes legítimas»³¹.

²⁸ CALAMANDREI, Piero: *Instituciones de Derecho Procesal Civil, según el nuevo Código*, 2.^a, EJEA, trad. S. Sentís Melendo, Buenos Aires, 1973, vol. II, p. 297.

²⁹ CARNELUTTI, Francesco: *Cómo se hace un proceso*, Ed. Temis, trad. S. Sentís Melendo y M. Ayerra Redín, Bogotá, 2007, p. 44.

³⁰ Ídem.

³¹ LIEBMAN, Enrico Tullio: *Manual de derecho procesal civil*, EJEA, trad. S. Sentís Melendo, Buenos Aires, 1980, p. 66.

Asimismo, según REDENTI «el venir a ser parte en sentido procesal, es ya de por sí productor de consecuencias jurídicas, toda vez que implica y significa venir a ser *sujeto-parte de la correspondiente relación jurídica*, e implicará, por ejemplo, la posibilidad-facultad de realizar actos (procesales, se entiende) que antes y sin ello no hubiere podido realizar, así como venir a ser destinatario de actos ajenos; puede hacer surgir una responsabilidad por los gastos, o el derecho a recuperar de otro los gastos hechos, etc...»³².

Señala MANDRIOLI que *en el lenguaje común* la palabra «parte» –que en sí mismo implica una contradicción con un todo– por lo general significa la asunción de un particular rol subjetivo coordinado con el de otros sujetos en vista de un resultado global: como el caso de la «parte» en una representación teatral, en un duelo, en una partida (*partita*), etc. *En el lenguaje jurídico*, la palabra asume una referencia más específica al rol de los sujetos en los fenómenos jurídicos: como en el de la «parte contratante» en un contrato o en un tratado. *En el lenguaje jurídico procesal*, el significado se especifica con respecto al rol subjetivo en el proceso y, por lo tanto, se refiere a aquellos sujetos que, por una parte, «hacen» al proceso dando vida a su dinámica, y, por otra parte, sufren sus efectos, configurándose en los destinatarios de las providencias con las cuales se desarrolla y se concluye³³.

Para el autor en referencia las partes en el proceso son, por lo tanto, aquellos sujetos que realizan los actos del proceso, sufren sus efectos y son, por lo tanto, los destinatarios de las decisiones del juez. Y puesto que, como hemos visto ampliamente en el capítulo precedente, el acto que da vida al proceso es la demanda, y es de la demanda de donde se deducen los destinatarios de la providencia que se pide al juez, es decir, aquel que propone la demanda y, respectivamente, aquel contra quien es propuesta la demanda, se puede concluir que parte es aquel que propone la demanda en nombre

³² REDENTI: ob. cit., p. 152.

³³ MANDRIOLI, Crisanto: *Corso di Diritto Processuale Civile. Nozioni introduttive e disposizioni generali*, 8.^a, Ed. G. Giappichelli, Turín, 2010, t. I, pp. 179 y 180.

propio o en cuyo nombre es propuesta; o respectivamente aquel contra quien se propone la demanda³⁴.

Con relación a la identidad entre quien propone la demanda y contra quién se propone y los verdaderos titulares de los derechos sustanciales a hacer valer (que pueden variar), señala el autor que importa resaltar aquí es que la cualidad de parte, a pesar de que la mayoría de las veces a aquella se sobreponen todas o al menos algunas de las calificaciones subjetivas vistas anteriormente (titularidad de la relación sustancial, titularidad de la acción, poder para proponer la demanda), «prescinde de cada una de aquellas calificaciones y existe con la sola condición de que exista un proceso, y por lo tanto es realmente una calificación subjetiva mínima pero siempre presente en el proceso (...) Podrá, en conclusión, no existir el derecho hecho valer, no haber acción, faltar incluso el poder de proponer la demanda en quien, no obstante, la ha propuesto: pero si hay una demanda, hay un proceso y por lo tanto la parte»³⁵. Continúa el autor: «... lo que, obviamente, puede ser repetido con relación al sujeto en contra del cual se propone la demanda. En sustancia: hay proceso y partes si de hecho ha sido propuesta una demanda, exista o no el poder de proponerla»³⁶.

El mismo autor hace una importante consideración cuando señala que la «cualidad de parte» (en sentido procesal, que es la única que nos interesa ahora) reviste una importancia práctica a su vez notable. Incluso, dejando de lado la importancia de aquellos que reconducen el fenómeno jurídico procesal a la denominada «relación jurídico-procesal», conciben tal relación como vinculada a la cualidad de parte (en el sentido que «partes» son los sujetos activos y pasivos de la relación procesal), es un hecho que la ley se refiere justamente a tal cualidad cuando atribuye poderes, facultades y cargas procesales a los sujetos del proceso o pone en sus hombros deberes e incluso las responsabilidades³⁷.

³⁴ *Ibíd.*, p. 180.

³⁵ *Ibíd.*, pp. 180 y 181.

³⁶ *Ibíd.*, p. 180.

³⁷ *Ibíd.*, p. 182.

Para MONTERO AROCA, «parte procesal (en realidad parte sin más) es la persona o personas que interponen la pretensión ante el órgano jurisdiccional (demandante o actor) y la persona o personas frente a las que se interpone (demandado), o dicho de otra manera, quien pide la tutela y frente a quien se pide»³⁸. Señala más adelante el autor que «la parte es quien asume los derechos, cargas y obligaciones que se derivan de la realización del proceso, lo que significa que en los supuestos de representación (tanto voluntaria como legal y necesaria), la verdadera parte es siempre el representado»³⁹.

1.2. *Significación procesal del concepto de parte*

Según la mayor parte de la doctrina autoral, el concepto de parte tiene una significación *procesal*. Es parte aquella persona que interviene en el proceso, bien desde su inicio o se incorpora en alguna de sus fases, para plantear alguna pretensión o petición en nombre propio o mediante algún representante, enfrentada a otro(s) sujeto(s) de la relación jurídico-procesal. Es decir, son partes los sujetos del litigio. Quedan excluidos de este concepto sujetos necesarios como los jueces o árbitros, también otras personas que intervienen eventualmente en el proceso sin ningún interés, como testigos, expertos, depositarios, intérpretes y traductor, etc., y asimismo los representantes que hacen valer en juicio derechos e intereses ajenos.

Sobre los sujetos originarios de la pretensión es fácil reconocer su carácter de parte. Serán el demandante (o actor) y el demandado (o reo) identificados en la demanda (*rectius*: pretensión afirmada en la demanda), es decir, los sujetos de la pretensión procesal. Preocupa un poco más la condición de los sujetos sucesivos o intervinientes, que de común no son reconocidos como partes y se les llama «terceros». Pero, como señala CUENCA (*supra*), los terceros también tienen la condición de parte, pero con carácter derivado, no principal como el de actor o demandado. Independientemente de la condición

³⁸ MONTERO AROCA, Juan *et al.*: *Derecho jurisdiccional II. Proceso civil*, 18.^a, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 56.

³⁹ Ídem.

de la intervención, aquellos terceros, que se convierten en partes procesales, son sujetos que pasan a integrar una particular condición en la relación procesal, no como terceros imparciales e imparciales, sino como partes frente al todo de la discusión subjetiva que se plantea al tercero imparcial (juez).

Siendo así, es evidente que estos terceros, convertidos en partes procesales, quedan sujetos al proceso y a sus consecuencias jurídicas, y en este contexto, su conducta, teóricamente, podría ser valorada judicialmente.

Así, tanto la actuación del actor, la actuación del demandado, la actuación del tercero interviniente principal, llamado también *tercerista* (*ex ordinal* 1°, artículo 370 y artículos 371, 372, 373, 374, 375 y 376 del Código de Procedimiento Civil); la actuación del tercero que se opone al embargo (*ex ordinal* 2° artículo 370, 377 y 378 del Código de Procedimiento Civil); la actuación del interviniente adhesivo simple y del interviniente adhesivo autónomo o litisconsorcial (*ex ordinal* 3° artículo 370, 379, 380 y 381 del Código de Procedimiento Civil); la actuación de quienes intervienen en virtud de la voluntad de una de las partes (*ex ordinales* 4° y 5° artículo 370, 382, 383, 384, 385, 386 y 387 del Código de Procedimiento Civil), podría en teoría ser tomada como elemento de convicción y servir de fundamento, total o parcialmente, de la sentencia que decida el litigio.

La importancia de la delimitación del concepto de parte viene dada no solo por las implicaciones sustanciales que produce la sentencia en la relación sustancial discutida, sino además por las consecuencias procesales (v. gr., costas, multas, etc.). Pero también, y para nuestro interés, determinar un concepto de parte permite delimitar el ámbito subjetivo referido a quiénes son las personas cuya conducta podría ser estimada, a la luz del principio de moralidad procesal, a los fines de extraer una inferencia que influya o determine la suerte de la pretensión (o las pretensiones) objeto del proceso. En este sentido, se suele clasificar a la parte según sea originaria o sucesiva (o interviniente); principal, accesoria o adjunta; permanente o incidental; necesaria o voluntaria; simple o plural⁴⁰.

Ahora bien, por otra parte, la particular importancia de aproximarnos a un concepto de parte, permite excluir (aunque sea obvio) a los patrocinantes, y no obstante esto, no solo la conducta de las partes (originarias o sucesivas) se estudia como capaz de producir efectos en la resolución del conflicto, sino también la de sus apoderados o mandatarios.

Concluimos, pues, que son partes procesales las personas naturales o jurídicas que aparecen identificadas como tales en la pretensión procesal contenida en la demanda –*rectius*: pretensión– (art. 136 del Código de Procedimiento Civil venezolano), independientemente de que sean representadas legalmente o voluntariamente –parte originaria– (arts. 137, 138, 139 y 143 *eiusdem*), o intervengan en el proceso para convertirse en parte –sucesiva– (arts. 370 y ss. *iusdem*); e independientemente que sean representadas por abogado –en los ordenamientos, como el venezolano, donde es imperativo que los abogados ejerzan poderes de representación en juicio o, en su defecto, asistencia *apud acta*–, quedando excluidos del concepto de parte sujetos necesarios como jueces o árbitros, y personas que intervienen eventualmente en el proceso sin ningún interés, como testigos, expertos, depositarios, intérpretes y traductor, etc., y asimismo los representantes judiciales que hacen valer en juicio derechos e intereses ajenos⁴¹.

2. EL ABOGADO EN EL PROCESO

A pesar de la existencia de representantes, siguen siendo partes «aquel contra quien se propone la demanda en nombre propio o en cuyo nombre se propone; o respectivamente aquel contra quien se propone la demanda»⁴² y las partes sucesivas, en caso que exista intervención. Y es sobre la base de este

⁴⁰ Vid. ALVARADO: ob. cit., pp. 93 y 94.

⁴¹ En la Ley Orgánica Procesal del Trabajo venezolana encontramos una definición completa de parte en su artículo 46: «Son partes en el proceso judicial del trabajo, el demandante y el demandado, bien como principales o como terceros con cualidad o interés para estar en el juicio, los mismos pueden ser personas naturales o jurídicas».

⁴² Cfr. MANDRIOLI: ob. cit., p. 182.

concepto que está edificada, aparentemente, la norma relativa a la valoración judicial de la conducta de *las partes*. Decimos que aparentemente, pues no se discrimina, por lo general, que la parte está patrocinada por un profesional del derecho, que, en primer lugar, es un sujeto jurídico diferente a la parte, y en segundo lugar, en razón de su profesión, debe observar normas deontológicas que condicionan su actuación cuando asume la defensa en juicio.

Esto significa, sin lugar a dudas, un elemento de irracionalidad, entendiendo que la racionalidad está dada por la coherencia del sistema normativo⁴³, y por irracionalidad «la ruptura de la lógica del ordenamiento jurídico entendido como sistema»⁴⁴, y que, como se verá *infra*, constituye a su vez un elemento de irracionalidad pragmática o de irrazonabilidad, que, creemos, no es tomado en cuenta al estudiar las normas que otorgan poder al juez para extraer elementos de convicción de la conducta de *las partes* por la violación del principio de moralidad.

Por más que las normas sancionen expresamente la conducta de las partes en litigio mediante su valor probatorio, la actuación de los abogados debe distinguirse, pues la realidad normativa nos indica que conducta de la parte es en rigor de verdad conducta de su abogado, pues, en la mayoría de los casos, la participación en el proceso del profesional letrado es imprescindible, en virtud de la necesidad de *capacidad de postulación* para, v. gr., postular pretensiones, capacidad que solo ostentan los abogados (o procuradores –en los sistemas que conservan esta figura–⁴⁵), además por cons-

⁴³ Cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo: *Principio y votos. El Tribunal Constitucional y la política*, Ed. Trotta, trad. M. Martínez Neira, Madrid, 2008, p. 75.

⁴⁴ Ídem.

⁴⁵ En ordenamientos como el inglés, se puede hacer un parangón con la división de trabajo entre *abogados* y *procuradores* que conocemos en Latinoamérica, con su aparentemente correspondiente inglés *Barrister* y *Solicitors*, que en rigor de verdad tiene muchas particularidades y diferencias, pero cuya diferencia fundamental radica particularmente en los *rights of audience* o derechos de audiencia. Vid. ROCA LÓPEZ, Miquel y CALDIN, Hugh: *El arbitraje Marítimo en Londres*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2007, pp. 23 y ss.

tituir la participación y patrocinio del abogado en juicio manifestación inmediata de la garantía constitucional de asistencia letrada. Así, pues, resulta casi peregrino que una de las partes gestione personalmente y por sí misma el trámite procesal, haciéndolo necesariamente a través de un profesional del derecho.

2.1. *La capacidad de postulación ¿conducta de la parte o conducta de su abogado?*

Señala RENGEL-ROMBERG que «de la capacidad de ser parte y de la capacidad procesal, se distingue la capacidad de postulación *ius postulandi*. Una parte puede tener la capacidad procesal y carecer sin embargo de la facultad de gestionar por sí misma los actos de un proceso concreto y en un Tribunal determinado (...) La capacidad de postulación puede definirse pues, como la facultad que corresponde a los abogados para realizar actos procesales con eficacia jurídica, en calidad de partes, representantes o asistentes de las partes»⁴⁶.

En el mismo sentido, ALVARADO VELLOSO indica que «en numerosas ocasiones se exige la asistencia de un letrado en calidad de *patrocinante* (o director de la defensa) o de *representante convencional* (mandatario judicial), quien es, a la postre, quien realiza cualquier exposición técnica ante el juzgador. Los ordenamientos vigentes que imponen asistencia letrada otorgan el *pleno* derecho de postulación a quien ostenta título de abogado; un derecho *menos pleno* al procurador (que aun cuando puede actuar solo en ciertas ocasiones, precisa de un patrocinio abogadil en muchas otras) y, excepcionalmente, a la propia parte con capacidad procesal o a su representante necesario»⁴⁷.

En Venezuela, la asistencia letrada en juicio es una exigencia prevista en el artículo 166 del Código de Procedimiento Civil, que reza: «Solo podrán ejercer poderes en juicio quienes sean abogados en ejercicio, conforme a las disposiciones de la Ley de Abogados».

⁴⁶ RENGEL-ROMBERG: ob. cit., p. 21.

⁴⁷ ALVARADO: ob. cit., p. 92.

Por su parte, la Ley de Abogados⁴⁸ vigente prevé en sus artículos 3 y 4, lo siguiente:

Artículo 3. Para comparecer por otro en juicio, evacuar consultas jurídicas, verbales o escritas y realizar cualquier gestión inherente a la abogacía, se requiere poseer el título de abogado, salvo las excepciones contempladas en la Ley.

Los representantes legales de personas o derechos ajenos, los presidentes o representantes de sociedades cooperativas, asociaciones o sociedades civiles o mercantiles que no fueren abogados, no podrán comparecer en juicio a nombre de sus representados sin la asistencia de abogados en ejercicio.

Artículo 4. Toda persona puede utilizar los órganos de la administración de justicia para la defensa de sus derechos e intereses. Sin embargo, quien sin ser abogado deba estar en juicio como actor, como demandado o cuando se trate de quien ejerza la representación por virtud de Ley o disposición de contrato, deberá nombrar abogado para que lo represente o asista en todo el proceso.

Si la parte se negare a designar abogado esta designación la hará el Juez. En este caso la contestación a la demanda se diferirá por cinco audiencias. La falta de nombramiento a que se refiere este artículo será motivo de reposición de la causa, sin perjuicio de la responsabilidad que corresponde al Juez de conformidad con la Ley.

Así las cosas, es evidente que la dirección técnica de los procesos se deja librada a la responsabilidad de abogados, que, por lo general, obran como apoderados y, eventualmente, asistiendo *apud acta* a la parte. Rara vez es la propia parte quien gestiona alguna diligencia procesal⁴⁹.

⁴⁸ *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N.º 1081 extraordinario, del 23-01-67.

⁴⁹ En Venezuela tal es el caso del amparo constitucional, según establece el artículo 41 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (*Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 34 060, del 27-09-88). Asimismo, para el juicio breve previsto en el artículo 882 del Código de Procedimiento Civil; o el beneficio de litigar sin gastos previsto en el artículo 175 y ss. del Código de Procedimiento Civil.

Esto trae un necesario cuestionamiento a lo que regularmente se argumenta con relación al principio de moralidad procesal y la conducta procesal de las partes en el proceso. Esto es, que la conducta de las partes no es siempre (o casi nunca) *conducta de las partes*, sino de *sus abogados apoderados o asistentes*, pues son estos quienes actúan en el proceso y tienen la dirección técnica de la defensa de sus patrocinados o asistidos. Y, reiteramos, que rara vez la parte actuará personalmente en el proceso, simplemente porque no tiene capacidad de postulación. En el diálogo entre jueces y abogados que representa CALAMANDREI en una de sus obras, uno de los interlocutores (el Juez pesimista) señala con relación al valor probatorio de la conducta de las partes que «conducta de partes quiere decir conducta de los defensores»⁵⁰.

En la mayoría de los casos, la conducta procesal sujeta a juicio por violación o no del deber de moralidad será la de abogados y no la de sus defendidos⁵¹, pues son aquellos quienes ejercen la defensa técnica, eligen la estrategia y modo de actuación en el proceso, y lo que es más importante a los efectos de los actos jurídicos procesales, la exteriorizan. Con esto pretendemos sincerar cualquier debate que pretenda hacer una teoría probática o valorativa de la conducta de las partes, entendido el concepto de parte como lo hemos entendido *supra*, en tanto en cuanto las partes rara

⁵⁰ CALAMANDREI, Piero: *Las buenas relaciones entre jueces y abogados*, Ed. Leyer, Bogotá, 2005, p. 74.

⁵¹ Cfr. MONTERO AROCA, Juan: «Sobre el mito autoritario de la buena fe procesal», en AA. VV., *Proceso Civil e Ideología. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*, Ed. Tirant lo Blanch, J. Montero Aroca, coord. Valencia, 2006, pp. 337 y 338. Para MUÑOZ SABATÉ, Luis: *Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso*, Ed. Temis, Bogotá, 1997, p. 458., «otra consideración a efectuar es la referente al grado de subjetivación de la conducta procesal, habida cuenta de que no en pocas ocasiones dicha conducta se debe al abogado o procurador de la parte y no a ella misma. Existen sin embargo unas reglas de juego que conviene respetar. El mandante (en este caso el litigante) asume la responsabilidad de los actos efectuados por su mandatario, ya que en cierto modo se presume que los fines de ambos son coincidentes en que la estrategia probatoria del técnico se estructura en función de los medios históricos de que dispone el cliente».

vez realizan actos procesales personalmente, no obstante que, en virtud de la representación, le sean imputables.

En este sentido, se señala que «cuando se habla de abuso del proceso cometido por una parte, usualmente hay una inclinación a usar una fuerte simplificación que puede ocultar la naturaleza del fenómeno. En realidad, puede suceder que un abuso sea atribuido a la parte personalmente, cuando es precisamente la parte quien es responsable del comportamiento abusivo, o al menos cuando el abogado ha actuado sobre la base de instrucciones precisas y específicas dadas por el cliente. Es bien conocido, sin embargo, que en muchos casos el abogado dispone de un amplio margen de discrecionalidad en la decisión de las iniciativas procesales a tomar, y de las elecciones defensivas que parecen más convenientes a los intereses de su cliente. Muy a menudo, el autor real del acto o del comportamiento abusivo es el abogado y no el cliente, en la medida en que el abogado se encuentra en libertad de defender los intereses del cliente dentro del ámbito de su propia capacidad profesional»⁵².

La anterior mención es importante, además, porque las normas deontológicas que rigen la profesión de abogar por otro no solo prescriben deberes para con los órganos públicos, sino que fundamentalmente prevén deberes para con los defendidos o patrocinados⁵³. Deberes cuyo incumplimiento puede incluso

⁵² TARUFFO, Michele: «El abuso del proceso: perfiles comparados», *Páginas sobre la justicia civil*, Ed. Marcial Pons, trad. M. Aramburo Calle, Madrid, 2009, p. 326.

⁵³ En otro lugar hacemos inventario de los deberes profesionales del abogado venezolano, destacando que: «Nuestro Código de Ética es verdaderamente minucioso y detallista en cuanto a la regulación de los deberes profesionales, así en el Capítulo II, denominado *De los deberes Institucionales*, se establece una serie de prescripciones que tienen como objetivo resaltar y conservar la institucionalidad de la profesión, así, establece el Código el deber de mantener el decoro y dignidad (artículo 5); regula cómo debe ser la conducta privada (artículo 6); el deber de combatir la conducta moralmente censurable de los colegas (artículo 7); la dignidad e independencia (artículo 8); el empleo de los medios de comunicación (artículo 9); cómo debe ser la formación de patrocinados, representados y defendidos y la publicidad (artículo 10); prohibición de promover juicios por consejos no solicitados (artículo 11); prohibición

de remunerar o recompensar a los patrocinantes (artículo 12); libertad de actuación (artículo 13); deber de puntualidad (artículo 17), entre otros. En el Capítulo III, titulado *Deberes para con el Asistido o Patrocinado* destaca, el deber de ejercer libre y moderadamente la profesión (artículo 19); el deber de actuar con honradez y franqueza (artículo 20); la prohibición de cometer actos de corrupción (artículo 21); la prohibición de usar injustificadamente los recursos legales (artículo 22); el deber de atender las defensas gratuitas (artículo 24); el deber de guardar el secreto profesional, su alcance y excepciones (artículos 25, 26 y 27); prevaricación, libertad y responsabilidad en su actuación (artículos 31 y 32); deber de veracidad, sinceridad y transparencia (artículo 32 y 33); deber de diligencia (artículo 36); deber de procurar que la retribución no peque por exceso o por defecto y a qué criterios obedecer al momento de estimar los honorarios (artículo 39 y 40); la provisión de fondos y la obligación de rendir cuentas (artículo 41); el deber de no adquirir interés pecuniario en el asunto que ventila (artículo 44); el deber de evitar controversias con los patrocinados respecto al cobro de honorarios y el deber de procurar una solución arbitral ante la Junta Directiva del Colegio (artículo 45), entre otros. En el Capítulo IV, denominado *Deberes para con los Jueces y demás Funcionarios*, se regulan las relaciones del abogado con la judicatura y la conducta que debe asumir frente a ella; así, se establece el deber de prestar apoyo en la Justicia y mantener una actitud respetuosa (artículo 47); facultad de crítica (artículos 48 y 49); prohibición de valerse de influencias ganadas en cargos públicos (artículo 50); prohibición de ejercer presiones sobre los jueces y deber de utilizar medios persuasivos fundados en razonamientos jurídicos (artículo 51); prohibición de sostener comunicaciones privadas con jueces u otros funcionarios durante la pendency de un proceso que lo relacione (artículo 52). En el Capítulo V, titulado *Deberes para con los colegas*, se establecen las prescripciones que los abogados deben atender en sus relaciones con los colegas; así, se ratifica obedecer a los dictados de la decencia y del honor y se prohíbe cobrar honorarios a los colegas por actuaciones *jurídicas (sic)* o extrajudiciales (artículo 53); cómo deben tratarse las transacciones con la parte contraria (artículo 54); el deber de solidaridad para con el colega sustituido y el deber de procurar que obtenga, previo a la sustitución, la remuneración de la que sea acreedor (artículo 55); la distribución de honorarios en caso de asociación de éstos (artículo 57); deber de cortesía, consideración y respeto mutuo entre profesionales del Derecho, y el deber, en caso de funcionarios-Abogados de atender prioritariamente a sus colegas (artículo 58). Finalmente, en el Capítulo VI, denominado *Deberes para con el colegio*, establece el artículo 59: “Es deber imperativo del abogado sostener al colegio al cual pertenece, con entusiasmo, y usar sus esfuerzos personales para alcanzar el mayor éxito de sus fines organizativos y cualesquiera tarea o cargo de miembros

llegar a significar la comisión de delitos castigados con pena privativa de libertad⁵⁴.

Nos referimos al delito de prevaricación, en sentido estricto y propio⁵⁵, previsto en el artículo 250 del Código Penal venezolano⁵⁶, en el siguiente

de comisiones que le sean asignadas en esta organización deberán ser aceptados y ejecutados. El abogado podrá excusarse solo por razones justificadas. En consecuencia, pagará puntualmente las cuotas y contribuciones establecidas por los organismos gremiales”. Cfr. ANGRISANO SILVA, Humberto J. y GONZÁLEZ CARVAJAL, Jorge Isaac: «Algunas consideraciones sobre ética, honorarios y abogacía», *Revista de Derecho*, N.º 31, TSJ, Caracas, 2009, pp. 271 y 272.

⁵⁴ E incluso, en el mismo contexto procesal el abogado o patrocinante es potencialmente sujeto de sanciones, particularmente bajo el artículo 48 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo. Al respecto comenta HENRIQUEZ: ob. cit., p. 204, que «son factibles los errores, las equivocaciones, y pensamos que la parte, el tercero interviniente o el abogado apoderado no serán juzgados con las garantías del debido proceso, cuando se les imponga multa o arresto substitutivo sin haber sido previamente oídos».

⁵⁵ Señala CARRARA, Francesco, *Programa de derecho criminal. Parte especial*, Ed. Temis, trad. J. Ortega Torres y J. Guerrero, Bogotá, 1973, t. v. 7, pp. 140 y 141, que «la palabra *prevaricato*, derivada del verbo *praevaricari* (desviarse del camino recto), se emplea en tres significados distintos. A veces tiene un sentido lato y vulgar, y expresa cualquier aberración intelectual o moral del hombre; así Salomón prevaricó a la causa de las mujeres, y así alguno es enviado al manicomio porque prevaricó con la mente. En sentido jurídico tiene a veces un significado más amplio, y designa todo acto de un empleado público en que se aparte de los deberes de su cargo o use de este para un fin ilícito. Pero el sentido *estricto y propio* en que la doctrina y la jurisprudencia toman la palabra *prevaricación* o *prevaricato*, y que es el que se emplea en el presente título, expresa únicamente los abusos cometidos por los apoderados de los litigantes contra estos y contra la confianza que se les otorga. Por lo tanto, incurre en el delito que vamos a explicar, todo el que, al ejercer la profesión de defensor o apoderado de una de las partes, se pone de acuerdo con el adversario, con miras de lucro y en perjuicio de su propio cliente». Véase asimismo GRISANTI AVELEDO, Hernando y GRISANTI FRANCESCHI, Andrés: *Manual de derecho penal. Parte especial*, 13.^a, Vadell Hermanos, Caracas, 2002, p. 743.

⁵⁶ *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 5768 extraordinario, del 13-04-05.

sentido: «El mandatario, abogado, procurador, consejero o director que perjudique por colusión, con la parte contraria o por otro medio fraudulento, la causa que se le haya confiado, o que en una misma causa sirva al propio tiempo a partes de interés opuestos, será castigado con prisión de cuarenta y cinco días a quince meses y suspensión del ejercicio de su profesión por tiempo igual al de la condena. Cualquiera de los individuos arriba indicados, que después de haber defendido a una de las partes, sin el consentimiento de ella, tome a su cargo la defensa de la parte contraria, será castigado con prisión de uno a tres meses», asimismo en los artículos 251 y 252 del Código penal venezolano. Normas éstas que representan los supuestos más extremos de deslealtad profesional⁵⁷.

Desde las normas deontológicas se impone el deber a los abogados de decir la verdad, pero a su vez un deber de defensa del cliente que es, a su vez, garantía de defensa inviolable de éste (art. 49.1 de la Constitución). En el contexto del proceso, aquel deber de decir la verdad se ve matizado por la dialécticidad del mismo, pues se defiende a la parte en un contexto de enfrentamiento.

Por una parte, existe la más clara convicción legal y deontológica de que ni siquiera en este contexto el abogado pueda hacer cualquier cosa para ganar el pleito, mucho menos que tenga *derecho a mentir o a enredar los procesos*⁵⁸,

⁵⁷ Asimismo, en las Siete Partidas, en la Partida III, Título VI, Ley XV que se estableció: «*Prevaricator, en latín tanto quiere decir en romance como abogado que ayuda falsamente a la parte por quien aboga, e señaladamente, cuando en paridad ayuda e aconseja a la parte contraria (...) tal abogado como este debe morir como alevoso (...) Otrosí decimos que cuando el abogado hiciera usar, a sabiendas, a la su parte de falsas cartas o de falsos testigos, que esa misma pena merece*». Vid. MONTERO AROCA: ob. cit., p. 337.

⁵⁸ Vid. CIPRIANI, FRANCO: «El abogado y la verdad», en AA. VV., *Proceso Civil e Ideología. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*, Ed. Tirant lo Blanch, J. Montero Aroca, coord. Valencia, 2006, p. 287. Ver CIPRIANI, FRANCO: «L'avvocato e la verità», *Il processo civile nello stato democratico*, Saggi, Reimp, Edizione Scientifiche Italiane, Nápoles, 2010, p. 135. Señala el autor: «Es pues cierto que los abogados, sobre los hechos objetivos, lejos de tener derecho a mentir, deben decir, cuando la conocen, la verdad».

pero esto no significa que deba el abogado exponer a su patrocinado, quien ha confiado en él, a una derrota procesal⁵⁹. El abogado cuenta (o debe contar) con una preparación profesional para brindar a su patrocinado, en el proceso, la solución que mejor convenga en derecho a éste. Así como utilizar todos los medios legales permitidos en beneficio de su patrocinado. Como señala CIPRIANI, «no debería haber dudas de que, para los abogados, “barajar las cartas” no significa engañar o mentir, sino, más simplemente, ponerlos en un orden que pueda ser útil al propio cliente»⁶⁰.

El mismo autor señala que «un abogado un poco inteligente no sostiene nunca falsedades, ni cuando habla ni mucho menos cuando escribe, sino que se esfuerza siempre en encontrar el argumento correcto para poner al adversario en la esquina y tener el partido ganado»⁶¹.

2.2. La lealtad del abogado con su defendido

El problema moral de la defensa debe ser analizado partiendo desde la lógica de las cosas. El abogado no debe defender todas las causas que se le propongan, pero cuando acepta la defensa y particularmente comparece en nombre de otro o asiste en el proceso, debe adaptarse tanto a la dinámica y estructura del mecanismo de discusión como a las normas que rigen su profesión. Como señala COUTURE, al comentar su 5.º mandamiento de la Abogacía, a saber, «Sé leal», ilustra:

⁵⁹ En este sentido, señala TARUFFO, Michele: *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, Marcial Pons, trad. D. Accatino Scagliotti, Madrid, 2010, p. 58, que «la moral social posiblemente asume que la gente debe decir la verdad, pero no parece concebible respecto de los abogados un deber general de decir de la verdad, y menos aún un deber de decir «toda» la verdad. A lo sumo, los abogados podrían estar obligados a no utilizar medios de prueba o declaraciones de otras personas cuya falsedad conocen, aunque esto no equivale a afirmar que tengan un deber moral de decir la verdad».

⁶⁰ CIPRIANI: «El abogado...», p. 287.

⁶¹ *Ibid.*, p. 288.

Lo que sucede es que el abogado, una vez investigados los hechos y estudiado el derecho, acepta la causa y entonces se transforma de abogado a defensor.

Entonces sí, sus argumentos son *ad probandum* y su posición es determinante y se hace enérgico e intransigente en sus actitudes. Pero esto no ocurre por inmoralidad, sino por necesidad de la defensa. Antes de la aceptación de la defensa el abogado tiene libertad de decidir. Dice que sí y entonces su ley ya no es más la libertad, sino la de la lealtad.

Si el defensor fuera vacilante y escéptico después de haber aceptado la defensa, ya no sería defensor. La lucha judicial es lucha de aserciones y no de vacilaciones. La duda es para antes y no para después de haber aceptado la causa⁶².

Esto mismo señala CIPRIANI cuando afirma que «el abogado, a lo más, puede no aceptar el encargo o renunciar al mandato, pero si acepta defender a quien se le encomienda, debe hacerlo con todas sus propias fuerzas y dentro de los límites que los autos se lo permitan»⁶³.

Y continúa señalando que «la habilidad del defensor, pues, no está en contar cuentos, sino en plantear tesis objetivamente o al menos aparentemente sostenibles, basándose en la lógica formal, en la doctrina, en la jurisprudencia y en cualquier otro argumento que pueda ser útil para poner en dificultad a la contraparte y convencer al juez del buen derecho de su asistido. El abogado, en efecto, para ganar las causas, debe persuadir al juez de la exactitud de sus propias tesis o, por lo menos, hacerle entender que su tesis es más exacta y más coherente que la del adversario; y no creo que lo lograría si se limitara a mentir»⁶⁴.

Dejar la suerte de una pretensión librada a la valoración de la conducta procesal del abogado, significa no solo desconocer que abogado y parte no

⁶² COUTURE, Eduardo: *Los mandamientos del Abogado*, 15.ª, Ed. Liber, Caracas, s/f, p. 41.

⁶³ CIPRIANI: ob. cit., p. 289.

⁶⁴ Ídem.

son uno, sino imponer, simple y llanamente, una sanción. Una sanción impuesta generalmente a un sujeto (la parte) por la actuación de otro (su abogado –e incluso por la actuación de otro tipo de representantes como los legales–) y esto de modo alguno tendrá que ver con la justicia, comprobación, acreditación o verdad de las pretensiones discutidas en juicio. Que se proscriba la mentira en juicio no significa renunciar el abogado a su deber de defensa en desprecio del inviolable derecho de defensa de la parte.

El derecho a la asistencia jurídica a que se refieren los artículos 49.1 de la Constitución venezolana y 8.2.a) y b) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se ve seriamente comprometido cuando la propia autonomía y actuación del abogado de una parte se ve condicionada con normas que pueden incluso sugerir, como deber del abogado, que su actuación sea contraria a los intereses de su representado. De manera que al tener en cuenta la aclaración del concepto de parte y el dato de la realidad normativa que indica que parte significa división del todo y que el patrocinio profesional obedece a la defensa de las *partes* en el *proceso*, esto nos lleva a hacer algunas consideraciones sobre el proceso y la dialecticidad.

3. LA DIALECTICIDAD DEL PROCESO Y LAS PARTES. CRITERIOS DE LA DOCTRINA AUTORAL

En el lenguaje ordinario, se entiende por la voz *proceso* «acción de ir hacia delante» como «transcurso del tiempo» o «conjunto de las fases sucesivas de un fenómeno natural o de una operación artificial»⁶⁵. O, como señala REDENTI, que «la palabra «proceso», en su acepción vulgar, sirve para indicar un fenómeno considerado en su desarrollo (así, se oirá hablar, por ejemplo, de un proceso morboso, o de un proceso de fabricación, y en terreno más próximo al nuestro, del proceso de formación de un acto administrativo)»⁶⁶. En igual modo, señala CALAMANDREI que «la palabra

⁶⁵ Vid. Real Academia Española: *Diccionario de la lengua española*, 20.^a, Madrid, 1984, t. II, p. 1107.

⁶⁶ REDENTI: ob. cit., p. 87.

«proceso» tiene, también, fuera del campo jurídico, un significado común que, derivado del verbo «proceder», indica en general la continuación de una serie de operaciones variadas vinculadas por la unidad de fin: se habla de proceso quirúrgico, de proceso químico, y así sucesivamente»⁶⁷. COUTURE, como la mayoría de autores, parte de una definición de proceso como «transcurso del tiempo, acción de ir hacia adelante, desenvolvimiento. En sí mismo, todo proceso es una secuencia»⁶⁸.

Para DEVIS ECHANDÍA, «en un sentido literal y lógico, no jurídico, por proceso se entiende cualquier conjunto de actos coordinados para producir un fin; así hablamos del proceso de producción material o de construcción de un edificio. Ya dentro del terreno jurídico, pero en sentido general, entendemos por proceso una serie o cadena de actos coordinados para el logro de un fin jurídico, y entonces hablamos del proceso legislativo o de elaboración de un decreto que requiere la intervención de diversas personas y entidades; y aun del proceso de un contrato, en el campo del derecho administrativo, o de proceso para resolver ante las autoridades administrativas controversias entre particulares sobre el uso de aguas públicas o de bosques o el registro de marcas y patentes. Pero mejor sería que en esos casos se hablara de procedimiento»⁶⁹.

VON BÜLOW señala que el proceso es una *relación jurídica* entre el tribunal y las partes, relación que además de *pública* es *continua*, avanza gradualmente y se desarrolla paso a paso⁷⁰, o, según CHIOVENDA, es proceso «el conjunto de actos coordinados para la finalidad de la actuación de la voluntad concreta de la ley (en relación a un bien que se presenta como garantizado por

⁶⁷ CALAMANDREI, Piero: *Instituciones de Derecho Procesal Civil, según el nuevo Código*, 2.ª, EJE, trad. S. Sentís Melendo, Buenos Aires, 1973, vol. I, p. 318.

⁶⁸ COUTURE, Eduardo: *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, Reimp, 3.ª, Ed. De Palma, Buenos Aires, 1977, p. 122.

⁶⁹ DEVIS ECHANDÍA: ob. cit., p. 157.

⁷⁰ Vid. VON BÜLOW, Oskar: *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, El Foro, trad. Rosas Lichtschein, Buenos Aires, 2008, pp. 10 y 11.

ella) por parte de los órganos de la jurisdicción ordinaria»⁷¹. En este sentido, señala el autor que «el proceso es un conjunto de actos. Pero no se trata, naturalmente, de una serie de actos desligados e independientes, sino de una sucesión de actos coligados para el fin común de la actuación de la voluntad de la ley y procediendo ordenadamente hacia el alcance de este fin; de aquí el nombre de proceso»⁷². COUTURE define el proceso judicial, en una primera acepción «como una secuencia o serie de actos que se desenvuelven progresivamente, con el objeto de resolver mediante un juicio de la autoridad, el conflicto sometido a su decisión»⁷³.

Según LIEBMAN, se llama *proceso* a la actividad a través de la cual se desarrolla la actividad jurisdiccional, la cual se cumple con una serie coordinada de actos que se desarrollan en el tiempo y que tienden a la formación de un acto final, «de ahí la idea de *proceder* hacia una meta, y el nombre dado al conjunto de actos cuya existencia se produce en el ejercicio de la función»⁷⁴.

REDENTI señala que «se da más puntualmente el nombre *proceso* al desarrollo práctico concreto de actividades encaminadas a la formación de providencias jurisdiccionales»⁷⁵.

Según CHIOVENDA, antes que la demanda de actuación de la ley pueda ser juzgada, tiene que ser examinada y «esto produce estado de pendencia, durante el cual no se sabe si la demanda está fundada o no; pero se hace necesario averiguarlo. Durante este estado de pendencia, por consiguiente, las partes (actor y demandado) deben ser colocados en aptitud de hacer valer sus razones eventuales: existen deberes y derechos»⁷⁶.

⁷¹ Cfr. CHIOVENDA: *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Ed. Valletta, trad. E. Gómez Orbaneja y Rafael Greco, Buenos Aires, 2005, t. I, p. 56.

⁷² *Ibid.*, pp. 67 y 68.

⁷³ COUTURE: *ob. cit.*, p. 122.

⁷⁴ LIEBMAN: *ob. cit.*, p. 25.

⁷⁵ REDENTI: *ob. cit.*, p. 87.

⁷⁶ CHIOVENDA: *Instituciones...*, p. 72.

En sentido jurídico procesal, afirma DEVIS ECHANDÍA que «el proceso consiste en una serie de actos diversos y sucesivos, tanto de los funcionarios que conocen de él como de los particulares que lo ventilan, razón por la cual denominamos procedimientos a los distintos métodos que la ley establece para su regulación. Pero como esos actos están íntimamente relacionados entre sí, a pesar de aquella variedad y multiplicidad el proceso forma un todo uniforme, dotado de sólida estructura»⁷⁷.

Para CUENCA, «el proceso es un conjunto de actividades ordenadas por la ley, para el desenvolvimiento de la función jurisdiccional. Es una relación jurídica porque vincula a los sujetos que intervienen en él, es un método jurídico porque investiga la verdad jurídica en un conflicto de intereses y es una institución porque está regulado según leyes de una misma naturaleza»⁷⁸.

ORTIZ-ORTIZ define al proceso como «el conjunto de relaciones que se producen cuando la *acción* de los particulares se pone en contacto con la *jurisdicción* ejercida por el Estado para el conocimiento, decisión y ejecución de los intereses y derechos tutelados por el ordenamiento jurídico»⁷⁹.

Los autores han debatido a lo largo de los tiempos sobre la naturaleza jurídica del proceso. Por ejemplo, REDENTI entiende que, a consecuencia de la demanda, se instituye entre el demandante y el juez una relación, *un rapporto*, no entendida en sentido tradicional (relación de derecho sustancial) «sino una relación que tiene por contenido suyo originario, de un lado, el aportar (ofrecer, indicar), y del otro el tomar (recabar y aprehender) la materia y la razón del ejercicio del cargo»⁸⁰. Así, CALAMADREI señaló que el carácter *dialéctico* del proceso implica que los actos que lo conforman son una manifestación exterior de una *relación jurídica* entre los

⁷⁷ DEVIS ECHANDÍA: ob. cit., pp. 157 y 158.

⁷⁸ CUENCA: ob. cit., p. 199.

⁷⁹ ORTIZ-ORTIZ: ob. cit., p. 439.

⁸⁰ REDENTI: ob. cit., p. 115.

sujetos del proceso»⁸¹. Según LIEBMAN, «debe observarse que la pendencia del proceso determina la existencia entre sus sujetos de toda una serie de posiciones y de relaciones recíprocas, las cuales están jurídicamente reguladas y forman parte en su conjunto de una relación jurídica, la *relación jurídica procesal*»⁸². Para COUTURE, la relación jurídica procesal «consiste en el conjunto de ligámenes, de vinculaciones, que la ley establece entre las partes y los órganos de la jurisdicción recíprocamente, y entre las partes entre sí»⁸³, relación en forma triangular, pues «no se trata solamente de relaciones de partes a juez y de juez a partes, sin nexo o ligamen de las partes entre sí. Por el contrario, existen vínculos entre las partes que vienen, en cierto modo, a cerrar el triángulo»⁸⁴.

Para CUENCA, la tesis del proceso como situación jurídica «sólo explica un aspecto del proceso, ya que él es algo más que un conjunto de posibilidades, expectativas y cargas»⁸⁵, concluyendo que «el último resultado en torno a la polémica sobre la naturaleza jurídica del proceso tiende a armonizar y a integrar ambas teorías. Se sostiene que la idea de la relación jurídica no es opuesta a la situación jurídica, que del conjunto de derechos y obligaciones que constituyen el proceso se derivan las posibilidades, expectativas y cargas que éste ofrece. La teoría de la relación jurídica ve el proceso en su aspecto *estático*, pasivo, mientras la de la situación jurídica lo observa en su aspecto *dinámico*»⁸⁶.

Para DEVIS ECHANDÍA, el «proceso constituye una relación jurídica, que se denomina *relación jurídica procesal*» que explica la unidad y estructura del proceso⁸⁷, que no puede concebirse como autónoma e indepen-

⁸¹ CALAMANDREI: ob. cit., pp. 334 y 335.

⁸² LIEBMAN: ob. cit., p. 28.

⁸³ COUTURE: ob. cit., p. 122.

⁸⁴ Ídem, pp. 134 y 135. Ver también COUTURE, Eduardo: *Exposición de motivos del Proyecto de Código Procesal Civil*, Ed. Fas, Rosario, 2009, p. 72.

⁸⁵ CUENCA: ob. cit., p. 234 y 235.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 236.

⁸⁷ DEVIS ECHANDÍA: ob. cit., p. 170.

diente del proceso y que de aquí se deduce la pluralidad de sus sujetos; además, que se trata de una relación compleja «no solo por constar de dos relaciones jurídicas (de acción y de contradicción), sino porque cada una de ellas se desenvuelve a través de una serie de facultades y obligaciones, que se suceden cronológicamente y cuyo ejercicio y prestación constituyen el desarrollo de la relación»⁸⁸.

3.1. *El proceso y su dinamismo*

Sin dejar de reconocer la idea de proceso como relación jurídica, se insiste en su dinamismo, en tanto en cuanto regula un mecanismo jurídico en movimiento⁸⁹. Así, señaló GOLDSCHMIDT que «las normas jurídicas constituyen, para los sometidos a ellas, las conminaciones de que el juez observará determinada conducta, y, en último término, de que dictará una sentencia judicial de determinado alcance. Los vínculos que nacen de aquí entre las partes no son propiamente “relaciones jurídicas” (consideración “estática” del Derecho), esto es, no son facultades ni deberes en el sentido de poderes sobre imperativos o mandatos, sino “situaciones jurídicas” (consideración dinámica del Derecho), es decir, situaciones de expectativas, esperanzas de la conducta judicial que ha de producirse y, en último término, del fallo judicial futuro; en una palabra: expectativas, posibilidades y cargas. Solo aquellas son derechos en sentido procesal –el mismo derecho a la tutela jurídica (acción procesal) no es, desde este punto de vista, más que una expectativa jurídicamente fundada–, y las últimas –las cargas–, “imperativos del propio interés”, ocupan en el proceso el lugar de las obligaciones»⁹⁰.

⁸⁸ Ídem.

⁸⁹ LIEBMAN: ob. cit., p. 26. Señala el autor: «En el cual se encuentran y se desencuentran fuerzas jurídicas diversas, tendidas para conseguir sus propósitos, las cuales vienen delimitadas y disciplinadas en su nacimiento y en sus actividades y efectos».

⁹⁰ GOLDSCHMIDT, James: *Derecho Procesal Civil*, Editorial Labor, S. A., trad. L. Prieto Castro, Barcelona (España), 1936, p. 8.

En este sentido, COUTURE no deja de reconocer que otras teorías que fundamentan el proceso como conjunto de posibilidades, cargas y expectativas (teoría de la situación jurídica), han sido admitidas con acentuación en nuestros países, p. ej. en lo relativo a la noción de carga procesal⁹¹.

Por ejemplo, MANDRIOLI, al considerar la esencia intrínseca del proceso, lo describe bajo la óptica de la *situación jurídica*, y señala que «las normas jurídicas que, como hemos visto, consisten en valoraciones de esquemas de comportamientos humanos considerados en abstracto, colocan automáticamente a algunos sujetos (o sea, todos aquellos sujetos que en concreto se encuentran en el supuesto abstracto previsto en las normas) en una cierta *situación* jurídica respecto de aquel esquema de comportamiento, es decir, la situación –atendiendo al tipo de valoración contenido en la norma– de *deber* observar un determinado comportamiento, o de *poder* hacerlo. En este último caso, esto puede suceder en un doble sentido, por una parte, para aquel sujeto es *licito* cierto comportamiento (situación de *licitud*) y, por otra parte, en el sentido de que, si ese sujeto observa aquel comportamiento, produce determinados efectos jurídicos»⁹².

⁹¹ COUTURE: *Fundamentos...*, p. 139.

⁹² MANDRIOLI: ob. cit., p. 30. Señala el autor: «Deteniéndonos en esta última situación, que es propia del *poder*, dejando por el momento de un lado las otras dos. Los efectos jurídicos producidos por el comportamiento en el cual se exterioriza el poder no es otra cosa que determinaciones de *nuevas situaciones jurídicas*: de *licitud*, de *deber* y sobretodo de *poder*, en el sentido de la posibilidad de producir todavía nuevas situaciones jurídicas. Y así, y deteniéndonos solo sobre los poderes, si llamamos *actos jurídicos (procesales)* a las actuaciones de los comportamientos abstractamente previstos como supuestos de hecho de los *poderes*, podemos decir que *el procedere jurídico en que consiste el proceso se realiza a través de una sucesión alternada de poderes y actos...*», continúa: «los poderes introducen los actos que dan lugar a nuevas situaciones de deber, de licitud, de poder; estas de poder, a su vez, permiten otros actos: y así sucesivamente hasta el acto conclusivo, que, en el proceso de cognición, es el acto de declaración definitivo (la sentencia), y en el proceso de ejecución es el acto que realiza el derecho del acreedor».

La complejidad de situaciones y actos convierten al proceso en un fenómeno dinámico, un fenómeno jurídico instrumental, manifiestamente autónomo de las situaciones o derechos sustanciales que en él se hacen valer⁹³. MANDRIOLI subraya la importancia de la teoría de la «relación jurídico procesal» (it. *rapporto giuridico processuale*); sin embargo, señala que la evolución ha hecho necesario indicar que el proceso es más que una relación jurídica (figura, esta, estática y, por lo tanto, inidónea para expresar el movimiento jurídico en el cual radica la realidad del proceso); es en realidad una serie de relaciones en continua transformación durante el desenvolvimiento de las situaciones a través del ejercicio de los poderes⁹⁴. Y «por lo tanto la figura de la relación jurídico-procesal puede ser considerada hoy insuficiente para explicar el fenómeno jurídico procesal en su complejidad»⁹⁵.

Según CHIOVENDA, el proceso presenta una aspiración, una verdadera y propia expectativa jurídica, «es decir, un derecho, aun cuando de naturaleza formal e instrumental, la que cada parte tiene durante el proceso con relación al pronunciamiento del juez. El proceso nos presenta, de esta suerte, en potencia o en acto, dos o más aspiraciones normalmente opuestas, y otras tantas expectativas jurídicas coincidentes, concedidas a las partes en servicio de sus respectivas aspiraciones»⁹⁶.

3.2. *El proceso como juego razonado*

Resulta de gran interés destacar la opinión del importante procesalista italiano, CALAMANDREI, cuya obra ha tenido, y aún tiene, profunda influencia en la doctrina Latinoamérica, y particularmente en Venezuela. CALAMANDREI señala que el proceso es una disciplina jurídica que regula el diálogo entre hombres, y que *las formas procesales* «son una especie de metodología fijada por la ley para servir de guía a quien quiera pedir justicia:

⁹³ Cfr. LIEBMAN: ob. cit., p. 29.

⁹⁴ MANDRIOLI: ob. cit., pp. 32 y 33

⁹⁵ Ibíd., pp. 33 y 34.

⁹⁶ CHIOVENDA: ob. cit., pp. 72 y 73.

casi, podría decirse, el manual del litigante, que le enseña cómo se debe comportar con el juez para ser escuchado por este. Así, las formas procesales, al imponer un cierto orden y un cierto modo de expresión a las deducciones de las partes y al prohibir al juez que tenga en cuenta las defensas presentadas en formas diversas, aseguran el respeto del contradictorio y de la igualdad de las partes»⁹⁷.

Para CALAMANDREI, las formas sirven para hacerlo (al proceso) más simple y rápido, en tanto en cuanto, procura forzar a las partes a reducir su actividad al mínimo esencial y adecuarla a la técnica requerida para «hacerse entender con claridad por el juez: las mismas [se refiere a las formas], en conclusión, en lugar de un obstáculo para la justicia, son en realidad, una preciosa garantía de los derechos y de las libertades individuales»⁹⁸.

Expresa que el proceso tiene un carácter *dialéctico* «en virtud del cual, el proceso se desarrolla como una lucha de acciones y reacciones, de ataques y de defensas, en la cual cada uno de los sujetos provoca, con la propia actividad, el movimiento de los otros sujetos, y espera, después de ellos un nuevo impulso para ponerse en movimiento a su vez»⁹⁹. Esto le permite concebir al proceso como una *relación* continuada entre diversas personas.

Dice CALAMANDREI, al referirse a la tesis del proceso como *situación jurídica* de GOLDSCHMIDT, defendida en el libro *Der Prozess als Rechtslage* (1925)¹⁰⁰, que, «al releer hoy, a la distancia de más de veinte años, la nota que escribí sobre aquel libro a poco de aparecer, no me sentiría capaz de confirmar íntegramente las reservas que entonces me pareció poder expresar sobre la teoría de la situación jurídica (...) Creo que se puede

⁹⁷ CALAMANDREI: ob. cit., p. 322.

⁹⁸ Ídem.

⁹⁹ Cfr. CALAMANDREI: ob. cit., p. 334. Véase del mismo autor «El proceso como juego», *Estudios sobre el proceso civil*, EJE, trad. S. Sentís Melendo, Buenos Aires, 1973, p. 263.

¹⁰⁰ Vid. GOLDSCHMIDT: ob. cit., pp. 7 y 8.

permanecer fieles a la teoría tradicional de la relación procesal, que se refiere a la constitución externa del proceso, sin desconocer la validez fundamental de la teoría de GOLDSCHMIDT sobre la situación jurídica, la cual es importante sobre todo para aclarar las relaciones internas entre proceso y derecho sustancial, y para demostrar en qué modo el delicado mecanismo de la dialéctica procesal, que es el trámite necesario a través del cual la ley abstracta se concreta en fallo judicial, opera de manera determinante sobre el contenido de la sentencia»¹⁰¹.

CALAMANDREI desarrolla sus ideas sobre el proceso como situación jurídica¹⁰² al señalar que «el derecho procesal entra en su casi totalidad en la categoría de disposiciones que fueron denominadas “reglas finalidades”:

¹⁰¹ CALAMANDREI, Piero: «Un maestro del liberalismo procesal», *Revista de Derecho Procesal*, Dir. Hugo Alsina, Ed. Ediar. S.A., Argentina, 1951. Cuando menciona las reservas sobre el proceso como *situación jurídica* se refiere CALAMANDREI al ensayo escrito en 1927 titulado «*Il processo come situazione giuridica*», *Rivista di diritto processuale civile*, Cedam, Padua, 1927, pp. 219 y ss. Vid. CHIZZINI, Augusto: «*Correnti del pensiero moderno e poteri del giudice civile nel pensiero di Piero Calamandrei: Tre variazioni sul tema*», en AA. VV., *Poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 2010, p. 266. En otro lugar y en perfecta armonía con los argumentos transcritos, CALAMANDREI: «El proceso como juego», pp. 266 y 267, señala al referirse a la dialecticidad: «De esta dinamicidad dialéctica del proceso civil de tipo dispositivo se ha dado una inolvidable sistemática en la obra fundamental de James GOLDSCHMIDT, *Der Prozess als Rechtslage*: en la cual se configura el proceso, no como una relación jurídica unitaria, fuente de derechos y obligaciones (*Prozessrechtsverhältnis*), sino como una situación jurídica fluida y mutable, fuente de expectativas, posibilidades y cargas (*Aussichten, Moglichkeiten, Lasten*), destinada a plasmarse según la variada sucesión de los actos procesales, cada uno de los cuales da al curso del procedimiento nuevas direcciones y abre a las partes nuevas perspectivas (...) Todo esto no destruye, entendámonos bien, la exactitud de la teoría de la relación procesal, en lo que atañe al núcleo central de ella, que es el deber del juez de proveer, y el correspondiente derecho de las partes, de conseguir que él provea; pero es cierto que el contenido concreto de esta obligación del juez se plasma dialécticamente en correspondencia con las situaciones jurídicas creadas por la actividad concurrente: según la variable puntuación, podríamos decir, de su juego».

¹⁰² *Ibid.*, p. 261.

que no imponen obligaciones, sino que, a quien se proponga un determinado fin (obtener justicia), le ofrecen el método o, podríamos decir, el recetario, para conseguirlo. Pero este método no garantiza *a priori* que se lo consiga: para obtener justicia, no basta tener razón. También el antiguo proverbio véneto, entre los ingredientes necesarios para triunfar en el litigio, pone, ciertamente, en primer lugar, el “tener razón”, pero inmediatamente después agrega que es necesario también “saberla exponer”, “encontrar quien la entienda”, y “la quiera dar”, y, por último, “un deudor que pueda pagar”¹⁰³.

Continúa el autor: «depende de la suma algebraica de esos esfuerzos contrastantes (de las acciones y de las omisiones, de las astucias o de los descuidos, de los movimientos acertados y de las equivocaciones), si al final el proceso como síntesis, consigue lograr un resultado que responda verdaderamente a la justicia: pero en cuanto a las dos partes en contraste (tesis y antítesis), ocurre a menudo que lo que importa no es tanto la justicia cuanto la victoria: de manera que, para ellas, el proceso viene a ser nada más que un *juego en el que hay que vencer*»¹⁰⁴.

Este carácter de *juego razonado*, según el autor, se manifiesta en el principio de *dialecticidad*, el cual consiste, principalmente, en que «todo movimiento realizado por una parte abre a la parte contraria la posibilidad de

¹⁰³ Ídem. Señala el autor que «es verdad que las leyes procesales están dictadas en interés público de la justicia: el fin supremo que el Estado pone idealmente como meta a todo litigante, y en general a todas las personas que en uno u otro carácter participan en el proceso o colaboran en él, es la observancia del derecho, el triunfo de la verdad, la victoria de la razón. Pero en concreto, si se puede esperar que en la mayoría de los casos se logre efectivamente esa finalidad, ello ocurre, no porque todos los personajes que toman parte en el proceso lo quieran conseguir del mismo modo: en realidad, si excluimos al juez, en quien debería personificarse concretamente ese superior interés de la justicia que es el propio Estado. Todos los demás sujetos persiguen en el proceso finalidades más limitadas y burdamente egoístas, tal vez en contraste (aunque no se lo confiese) con aquel fin superior», pp. 262 y 263.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 263.

realizar otro movimiento dirigido a contrarrestar los efectos del que lo precede y que podríamos decir, lo contiene en potencia»¹⁰⁵. Más adelante señala el autor que «cada movimiento de una parte crea para el adversario una serie de posibilidades, de las cuales puede ocurrir que resulte, si se mueve hábilmente, sacar provecho contrariamente a lo que su antagonista suponía»¹⁰⁶.

Y así nos señala que «en esto consiste la táctica procesal, encomendada a la sagacidad y al sentido de responsabilidad de cada uno de los litigantes; aquí es donde está la habilidad del juego. Cada competidor, antes de dar un paso, debe tratar de prever, mediante un atento estudio, no solo de la situación jurídica, sino también de la psicología del adversario y del juez, con qué reacciones responderá el antagonista a su movimiento»¹⁰⁷.

De igual modo, REDENTI destaca el carácter dinámico del proceso al señalar que, bajo cierta contingencia procedimental, esta relación no se agota ahí, pudiéndose dar casos que puedan o deban intervenir otros sujetos llamados o provocados a intervenir en aquellas operaciones o lo hagan espontáneamente. Lo que significa –según el autor– que entre el juez y las partes se crea una situación jurídica particular, no momentánea ni estática, llamada a perdurar y desarrollarse en el tiempo, mientras no haya culminado en la formación de la providencia definitiva o no sobrevenga otra causa de cesación¹⁰⁸.

En el contexto de esta situación –continúa el autor– a los sujetos «les son atribuidas-reconocidas o consentidas determinadas *funciones procesales* para determinar tales desarrollos o influir en ellos» pudiendo cada uno de ellos «llevar a cabo o poner en ejecución *actos o hechos procesales*»¹⁰⁹. Y «para expresar las posiciones subjetivas elementales que de ahí surgen,

¹⁰⁵ Ibid., p. 264.

¹⁰⁶ Ibid., p. 265.

¹⁰⁷ Ídem.

¹⁰⁸ REDENTI: ob. cit., p. 115.

¹⁰⁹ Ibid., p. 117.

oiremos hablar en la práctica de *derechos* y de *deberes*, de *facultades*, de *poderes*, de *cargas*, de *sujeciones procesales*»¹¹⁰.

Para CARNELUTTI, «según la acepción común, *proceso*, como *procedimiento* (de *procedere*), indica una serie de o cadena de actos coordinados para el logro de una finalidad. Especialmente, existe proceso siempre que el efecto jurídico no se alcance con un solo acto, sino mediante un conjunto de actos, cuando cada uno de ellos no pueda dejar de coordinarse a los demás para la obtención de la finalidad. De ahí que la noción de proceso sea interferente con la de acto complejo. En este sentido, se puede, desde luego, hablar de un proceso *legislativo* o de un proceso *administrativo*, como serie de actos realizados para la formulación de una Ley o de un decreto. Pero en el lenguaje jurídico llamamos proceso por antonomasia a la serie de actos que se realizan para la composición de litigios; y si no fuese una tautología, diría que se llama únicamente proceso al proceso judicial. Por consiguiente, la noción tosca de proceso que se extrae de las premisas contenidas en este capítulo, y que será elaborada enseguida, es la de que se trata de *una operación mediante la que se obtiene la composición del litigio*»¹¹¹.

En otro lugar, CARNELUTTI explica el proceso a partir del parangón que hay entre este y una representación escénica o el juego deportivo, que radica en el drama que en ellos se vive, además que ambas tienen sus propias leyes (para su exteriorización)¹¹². A lo cual agrega que «si las reglas no son justas, también los resultados de la representación o del proceso corren riesgo de no ser justos, lo cual cuando se trata de un partido de fútbol o de una pelea de boxeo, no significa una tragedia, pero cuando la apuesta es la propiedad o la libertad, amenaza al mundo, que tiene necesidad de paz para hacer su recorrido, pero la paz tiene necesidad de justicia, como el hombre de oxígeno para respirar»¹¹³.

¹¹⁰ Ídem.

¹¹¹ CARNELUTTI, Francesco: *Sistema de derecho procesal civil*, UTEHA, trad. Alcalá-Zamora y Castillo y S. Santis Melendo, Buenos Aires, 1944, t. I, pp. 48 y 49.

¹¹² CARNELUTTI: *Cómo...*, p. 5.

¹¹³ Ídem.

Para CARNELUTTI, las reglas del juego no tienen otra razón de ser, sino garantizar la victoria a quien la haya merecido «y preciso es saber lo que vale esa victoria para captar la importancia de las reglas y la necesidad de tener una idea de ellas»¹¹⁴. Y volviendo a un parangón entre los antiguos combates del Circo Máximo, donde se arriesgaba la vida, y el proceso civil, donde no se arriesga tanto o, al menos, se arriesgan otros valores aparentemente menos importantes, señala: «sin embargo, la libertad vale más que la vida como lo sabe quien por ella rehúsa a la vida»¹¹⁵.

Y el interés público –parafraseando al autor citado– que se torna en halo alrededor del proceso, es el signo manifiesto del *drama* que en él se ventila, de su valor para sociedad y para la civilización. Ese drama, que luego denomina *discordia*, es para el autor signo de que «el proceso, después de todo, es el subrogado de la guerra. Es, en otras palabras, un modo para domesticarla»¹¹⁶. El autor hace una referencia a la guerra legalizada como lo fue el duelo, antes del proceso, señalando que, al pasar los tiempos, los medios de combate se transformaron «y la relación entre vencer y tener la razón se invierte: no ya quien vence tiene la razón, sino que quien tiene la razón resulta vencedor»¹¹⁷, manteniendo, no obstante, como fenómeno, un contenido bélico si bien asimilable al juego en su estructura y parangonable a la guerra en su función.

3.3. El proceso como método de debate dialéctico frente a las corrientes de publicización

Debemos rescatar una idea presente en la mayoría de doctrina autoral, a saber, concebir al proceso como un método de debate para la resolución de conflictos y la tutela de bienes e intereses jurídicos y, sobre todo, el reconocer su dinamismo y dialecticidad.

¹¹⁴ Ídem.

¹¹⁵ *Ibíd.*, p. 6.

¹¹⁶ *Ibíd.*, p. 7.

¹¹⁷ Ídem.

Si, como señala CUENCA, «el proceso civil, como también el de otras ciencias (constitucional, administrativa, internacional, penal, laboral, etc.), tiene dos aspectos, *estático*, uno que estudia la estructura de los órganos jurisdiccionales encargados por el Estado para administrar justicia y otro, *dinámico*, que estudia el proceso en pleno desarrollo...»¹¹⁸, este último aspecto es sin lugar a dudas fundamental, pues es desde acá donde se reconoce al *proceso* como un concepto, un objeto jurídico ideal, construido por el pensamiento de los juristas¹¹⁹, que atiende (o debe atender) a la realidad y así desde su construcción constitucional y legislativa aceptar que «el proceso se hace para dar razón a quien la tiene; pero precisamente por eso en el proceso está garantizada para ambas partes la posibilidad de defender sus propias razones y de luchar con armas iguales para hacerlas triunfar»¹²⁰, pues es una lucha (intelectual) regulada por el Derecho, esto es, que «en el fondo, el proceso no es sino un sustituto organizado de la autodefensa o justicia privada»¹²¹.

Por los momentos, reiteramos que la idea de proceso como método de debate dialéctico produce, desde una perspectiva estática, una relación triangular entre juez y partes (parte actora y parte demandada), donde aquel en su condición de autoridad tiene el deber de decidir el conflicto de intereses que la parte actora plantea y que el demandado resiste, obedeciendo a principios como: la imparcialidad, la igualdad, la transitoriedad de la serie, eficacia de la serie procedimental y la moralidad del debate.

A su vez, desde una perspectiva *dinámica*, se genera una serie de imperativos que pueden reducirse a tres categorías, a saber: *deberes*, *obligaciones* y *cargas* de los sujetos, las cuales aparecen a medida que avanza la serie procedimental y dependiendo del accionar de los sujetos procesales. Estos imperativos deben ser coherentes y suficientes para explicar las relaciones o situaciones que se general en-entre los sujetos procesales.

¹¹⁸ CUENCA: ob. cit., p. 199.

¹¹⁹ Vid. COUTURE: ob. cit., p. 131.

¹²⁰ LIEBMAN: ob. cit., p. 29.

¹²¹ CUENCA: ob. cit., p. 200.

Faltaríamos a la honestidad intelectual si dejásemos de mencionar la importante corriente de pensamiento procesal que considera al proceso como un fenómeno social de interés público y cuya influencia ha sido determinante en la codificación procesal¹²², contraria a la conceptualización como contienda entre particulares, señalándose que esta se encuentra superada, pues el Estado no puede solo garantizar la libertad del debate, el régimen de pruebas y la decisión judicial¹²³. En este sentido, señala MASCIOTRA que, «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»¹²⁴.

Se señala así que «el modo de desarrollarse el proceso no pertenece a los litigantes sino al Estado, único titular de la función jurisdiccional, que se sirve del proceso como instrumento para garantizar su efectividad. La sociedad no puede permanecer indiferente por la forma en que se desarrolla el proceso. No importa la mera observancia de los trámites legales, sino que se haga en forma ordenada y eficiente a fin de que se cumpla el fin del proceso. El Estado no puede avalar que en la discusión de intereses particulares en el ámbito del proceso civil se violen elementales principios de igualdad, contradicción, congruencia, publicidad, probidad y economía procesal (todo lo cual caracteriza al proceso justo)»¹²⁵.

A nuestro entender, la realidad que da vida al proceso no reconoce ni podrá reconocer que las partes sirvan al proceso, pues ocurre que, como señala CHIOVENDA, «el proceso no sirve a una u otra parte: sirve a la parte

¹²² Vid. CAPPELLETTI, Mauro: «Ideología nel diritto processuale», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Ed. Giuffrè, Milán, 1962, pp. 162 y ss., del mismo autor: *Proceso, ideologías, sociedad*, EJEA, trad. S. Sentís Melendo y T. Banzhaf, Buenos Aires, 1974, *passim*, y *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*, EJEA, trad. S. Sentís Melendo, Buenos Aires, 1972, *passim*.

¹²³ Vid. MASCIOTRA, Mario: *La conducta procesal de las partes*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, p. 14.

¹²⁴ *Ibid.*, p. 15.

¹²⁵ *Ídem*.

que según el Juez, tenga razón»¹²⁶. En este sentido, CALAMANDREI señaló la importancia de la tesis (de James GOLDSCHMIDT) que explica al proceso como «una *situación jurídica* fluida y mutable fuente de expectativas, posibilidades y cargas (*Aussichten, Moglichkeiten, Lasten*), destinada a plasmarse según la varia sucesión de los actos procesales, cada uno de los cuales da al curso del procedimiento nuevas direcciones y abre a las partes nuevas perspectivas. El proceso está constituido así por una ceñida sucesión de *chances*, alternativamente ofrecidas a la una o a la otra de las partes: quien no sabe prever la *chance* favorable que un imprudente movimiento suyo puede dar al adversario; quien no sabe servirse en el momento oportuno de la *chance* que el adversario le ofrece, corre el riesgo de perder la causa»¹²⁷.

Asimismo, CUENCA, al referirse a la fe que se depositó en el proceso, señala en forma crítica que «acaso sea verdad que un exceso de dogmatismo en el campo del Derecho Procesal haya llevado a los juristas de diversas partes del mundo a esperar demasiado del proceso, hasta el punto de ver en él el medio eficaz para obtener la paz social del hombre. En ninguna época de la humanidad el proceso ha sido objeto de tantas investigaciones y de tan geniales creaciones, pero también en ninguna época se ha concentrado en él un cúmulo tan grande de aspiraciones. En realidad aquel cuerpo sepultado en torno al cual se han hecho valiosas investigaciones para poner de relieve sus formas, su funcionamiento, sus finalidades, no puede dar mejor justicia que la que hasta ahora ha dado. Pero el hallazgo de lo ignorado nos ha producido la ilusión de haber forjado y creado novedosas concepciones jurídicas»¹²⁸.

Continúa señalando que «por lo mismo que el proceso es un compuesto de hombres y de cosas, como afirma CARNELUTTI, y su finalidad es la justicia para los hombres y no para las cosas, como melancólicamente afirmaba hace años CALAMANDREI, no se debe olvidar que el proceso no es el

¹²⁶ CHIOVENDA, Giuseppe: *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Ed. Valletta, trad. E. Gómez Orbaneja y Rafael Greco, Buenos Aires, 2005, t. 1, p. 63.

¹²⁷ CALAMANDREI: *El proceso...*, p. 266.

¹²⁸ CUENCA: ob. cit., p. 203.

medio adecuado para vigilar los intereses morales y económicos del ciudadano, pues el proceso actúa siempre *a posteriori* y mediante él solo se tiene una oportunidad para la reparación del daño. El proceso es tan solo una posibilidad de resarcimiento, posibilidad nunca infalible y en todo caso siempre sometida no solo al grado y medida en que la pretensión sea fundada, sino también al grado y medida de la actividad desplegada por cada litigante. Aspirar a que mediante el proceso cesen todos los conflictos sociales, se remedien todas las injusticias y se reparen todos los perjuicios es exigir demasiado de un instrumento cuya eficacia será siempre relativa en nuestra sociedad burguesa, adecuada en todo momento a circunstancias de hombres, lugar y tiempo, factores estos que es imposible hacer coincidir con el propósito abstracto de las normas»¹²⁹.

Continúa el autor indicando que «mientras algunos procesalistas sigan desesperadamente aferrados a una justicia concreta, a una razón fundada, cuando el Estado solo puede y debe garantizar un derecho a la justicia, un derecho a la sentencia, sea cual fuere su posición dentro del proceso será pesimista y melancólica. No hay camino que conduzca mejor a la complacencia con los prácticos y los procedimentalistas que esta aspiración a una sentencia determinada, que ningún Estado y, por consiguiente, ningún juez, puede garantizar, máxime en un sistema tan dispositivo como es el de la generalidad de los procesos latinos, con todo, mucho más perfecto que la falta de normatividad del sistema anglosajón»¹³⁰.

En este mismo orden de ideas, MONTERO AROCA, al referirse al proceso en el contexto de la buena fe y la verdad, señala: «estamos partiendo de que las reglas del juego, de cualquier juego, incluido el del proceso, deben ser observadas por los jugadores, naturalmente, pero también de que a esto no se les puede pedir que todos ellos, los de un equipo y los de otro, colaboren en la búsqueda o determinación de cuál es el mejor, ayudando al árbitro a descubrir, entre todos juntos, a quien debe declarar ganador,

¹²⁹ *Ibíd.*, p. 204.

¹³⁰ *Ídem.*

pues si las cosas fueran así no tendría sentido jugar el partido. El “juego” se basa en que, con un árbitro imparcial, cada equipo luche por alcanzar la victoria utilizando todas las “armas” a su alcance, naturalmente las “armas” legales, lo que equivale a respetar el reglamento del juego»¹³¹.

Continúa MONTERO AROCA señalando que «podríamos decir también que el proceso implica metafóricamente una suerte de lucha, o una batalla, en la que se participa solo cuando se considera imprescindible para la defensa de los derechos que se creen propios, nunca por gusto ni por recreo, y en la que, por tanto, no se trata de colaborar para que gane el mejor, sino de ganar. Obviamente se trata de una “lucha” en la que no todo vale, en tanto que la misma se regula por el derecho, y por ello nadie sostiene que en esa “lucha” todo sea lícito o válido; afirmar que alguien sostiene semejante cosa es un claro ejercicio de maniqueísmo. No todo vale, pero no puede imponerse a las partes, y a los abogados de las mismas, que contribuyan a que venza la contraria»¹³².

Por su parte, MANDRIOLI, al referirse a la jurisdicción desde el punto de vista de la estructura¹³³, señala que la función propia de la actividad de cognición (o sea de «conocer» acerca de una norma concreta o sobre la existencia de un derecho) aparece como una función de *declaración* –it. *accertamento*–. Específicamente, la función de determinar la certeza sobre la existencia o la no existencia de un derecho ¿Pero cuál certeza? Dado que lo absoluto no es de este mundo, es necesario contentarse con una certeza relativa, dotada de ciertas características, es decir, de aquellas que la hagan idónea para cumplir su función de permitir la actuación del derecho. Esto no ignifica que deba tratarse de la certeza exclusiva de uno solo –el juez–, sino de una certeza objetiva, es decir, construida desde el ordenamiento y de tal forma de permitir que la regla pueda ser impuesta al cumplimiento de todos¹³⁴.

¹³¹ MONTERO AROCA: ob. cit., p. 345.

¹³² Ídem.

¹³³ MANDRIOLI: ob. cit., pp. 9 y 10. El autor concibe la actividad jurisdiccional desde un doble punto de vista *funcional y estructural*.

¹³⁴ *Ibid.*, pp. 16 y 17.

Resulta, pues, evidente que la dialécticidad del proceso hace de él un mecanismo de debate y contradicción, de manera que un proceso es proceso solo si es dialéctico, colocando automáticamente a aquellos sujetos que en concreto se encuentran debatiendo (partes) en situaciones respecto a los esquemas de comportamientos previstos en las normas procesales, condicionando el resultado a la actuación efectiva de cada parte procesal. Si como dice Cuenca, el «proceso actúa siempre *a posteriori* y mediante él solo se tiene una oportunidad para la reparación del daño», será la actividad de las partes, que frente a los esquemas de comportamiento previstos, podrá o no satisfacer sus pretensiones (o resistencias) y conseguir actuar u obtener la tutela de sus pretensiones. El proceso es, pues, método de debate dialéctico para resolver conflictos concretos, no mecanismo político o moralizador.

4. UNA DISTINCIÓN NECESARIA: DEBERES, OBLIGACIONES Y CARGAS PROCESALES

Por una parte, si se entiende que el tema relativo al principio de moralidad o buena fe procesal es estudiado desde la enunciación de un *deber* general de moralidad, resulta importante distinguir cuándo estamos frente a un deber, frente a una carga o frente a una obligación. Por otra parte, teniendo clara la diferencia, conviene recordar la función de la carga procesal.

Para parte de la doctrina autoral, el principio de buena fe procesal puede englobarse en todas y cada una de las categorías de cargas, obligaciones y deberes procesales¹³⁵ dependiendo de las circunstancias, y su ámbito de aplicación alcanza a todo tipo de procedimiento, afectando a todo interviniente en el proceso, «esto es, tanto a las partes como a los abogados, procuradores, testigos, peritos, etc.»¹³⁶.

¹³⁵ Cfr. PICÓ I JUNOY, Joan: *El principio de la buena fe procesal*, J. M. Bosch editor, Barcelona (España), 2003, p. 118. En este sentido *vid.* MICHEL, Gian Antonio, *La carga de la prueba*, Reimp, Ed. Temis, trad. S. Sentís Melendo, Bogotá, 2004, pp. 135 y 136.

¹³⁶ PICÓ I JUNOY: *ob. cit.*, pp. 119 y 120.

Ahora bien, según COUTURE, los «imperativos jurídicos han sido clasificados en deberes, obligaciones y cargas». Son deberes «aquellos instituidos en interés de la comunidad; obligaciones, aquellos instituidos en interés del acreedor; cargas, aquellos que se determinan en razón de nuestro propio interés»¹³⁷.

El mismo COUTURE, define los deberes procesales como «aquellos imperativos jurídicos establecidos a favor de una adecuada realización del proceso. No miran tanto el interés individual de los litigantes, como el interés de la comunidad. En ciertas oportunidades, esos deberes se refieren a las partes mismas, como son, p. ej., los deberes de decir la verdad, de lealtad, de probidad en el proceso»¹³⁸.

Como indica COUTURE, «los deberes procesales, como en general los demás deberes jurídicos, no pueden ser objeto, a diferencia de las obligaciones y de las cargas, de ejecución forzosa. La efectividad en el cumplimiento de los deberes procesales se obtiene, normalmente, mediante sanciones, ya sea de carácter físico o personal, como el arresto del testigo que se rehúsa a asistir a declarar; ya sean de carácter pecuniario, como la multa impuesta al perito que no presenta su dictamen; ya sea de carácter funcional, como la pérdida, la postergación o la suspensión del empleo. Estas sanciones son formas de coacción moral o intimidación. En verdad no hay forma material de hacer cumplir por la fuerza esta clase de deberes»¹³⁹.

Para COUTURE, «son obligaciones procesales aquellas prestaciones impuestas a las partes con ocasión del proceso. Si bien algunos autores niegan la existencia de obligaciones procesales, no puede dejarse de reconocer que,

¹³⁷ COUTURE: ob. cit., p. 209. Véase respecto a las situaciones jurídicas BARRIOS DE ANGELIS, Dante: «Acción, excepción y jurisdicción», en *Revista de Uruguay de Derecho Procesal*, 4, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal-Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1999, pp. 587 y ss., del mismo autor *Teoría del proceso*, 2.^a, BdeF, Buenos Aires, 2002, pp. 134 y ss.

¹³⁸ COUTURE: ob. cit., pp. 209 y 210.

¹³⁹ *Ibíd.*, p. 210.

reiteradamente, la experiencia jurídica nos coloca frente a imperativos de esta índole. La más acentuada de las obligaciones procesales es la que surge de la condena en costas. En nuestro concepto, existe además una *responsabilidad procesal*, derivada del abuso del derecho de acción o del derecho de defensa. El daño que se cause con ese abuso genera una obligación de reparación, que se hace efectiva mediante la condena en costas. La condena en costas constituye una forma de imponer, por acto judicial, una obligación cuya naturaleza procesal parece muy difícil de desconocer¹⁴⁰. Señala el autor otras obligaciones procesales derivadas de actos dispositivos, tales como el allanamiento a la demanda o el desistimiento y obligaciones económicas frente al Erario, derivada de los tributos que se pagan con ocasión del proceso.

En cuanto a la carga procesal, COUTURE señala que «puede definirse como una situación jurídica instituida en la ley consistente en el requerimiento de una conducta de realización facultativa, normalmente establecida en interés del propio sujeto, y cuya omisión trae aparejada una consecuencia gravosa para él»¹⁴¹. Para COUTURE, la noción de carga se diferencia claramente del derecho, en tanto que el derecho a realizar un acto de procedimiento es una facultad que la ley otorga al litigante en su beneficio (facultad de contestar la demanda, de producir prueba, de alegar de bien probado), la carga es una conminación o compulsión a ejercer el derecho¹⁴².

Según COUTURE, la carga funciona *á double face*, por un lado, «el litigante tiene la facultad de contestar, de probar, de alegar: en ese sentido es una conducta de realización facultativa; pero tiene al mismo tiempo algo como el riesgo de no contestar, de no probar y de no alegar. El riesgo consiste en que, si no lo hace oportunamente, se falla el juicio sin escuchar sus defensas, sin recibir sus pruebas o sin saber sus conclusiones»¹⁴³.

¹⁴⁰ *Ibíd.*, pp. 210 y 211.

¹⁴¹ *Ibíd.*, p. 211.

¹⁴² *Ibíd.*, p. 212.

¹⁴³ *Ídem.*

Continúa el autor señalando que «así configurada, la carga es un imperativo del propio interés. Quien tiene sobre sí la carga se halla compelido implícitamente a realizar el acto previsto; es su propio interés quien le conduce hacia él. La carga se configura como una amenaza, como una situación embarazosa que grava el derecho del titular. Pero éste puede desembarazarse de la carga, cumpliendo»¹⁴⁴.

Por su parte, se señala que la carga es opuesta a la obligación, pues la obligación es un vínculo impuesto a la voluntad, que se acentúa por la circunstancia de que existe una libertad jurídica para cumplir o no cumplir, pero la actitud de no cumplimiento deriva en consecuencias perjudiciales. Más específicamente: «mientras en la obligación el vínculo está impuesto por un *interés ajeno* (el del acreedor), en la carga el vínculo está impuesto por un *interés propio*»¹⁴⁵.

La diferencia entre la carga y la obligación reside en las consecuencias que derivan de sus respectivos incumplimientos; mientras que la obligación insatisfecha crea un derecho a favor del acreedor de exigir el cumplimiento de la obligación incumplida, en la carga insatisfecha solo nace un perjuicio para el que debe asumir la conducta establecida en la ley. Por otra parte, a la obligación insatisfecha corresponde la responsabilidad *subjetiva* o voluntaria, mientras que a la carga insatisfecha corresponde, normalmente, la responsabilidad objetiva derivada de la inactividad, produciendo el efecto previsto, *ope legis*, en la mayoría de los casos, aun sin la voluntad del adversario y sin constituir ningún derecho para este¹⁴⁶.

Señala MONTERO AROCA que «todo el proceso civil, entendido como garantía de los derechos subjetivos privados de los ciudadanos, descansa sobre la concepción de que los actos procesales no se conciben para las partes como obligatorios sino como potestativos, en el sentido de que

¹⁴⁴ Ídem.

¹⁴⁵ *Ibid.*, pp. 212 y 213.

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 213.

a su realización se vinculan consecuencias beneficiosas para la parte que los hace y a su no realización se adscriben consecuencias perjudiciales»¹⁴⁷. En este sentido, señala que en el proceso no existen normalmente ni obligaciones (que son imperativos del interés ajeno y que suponen la existencia de un titular de un derecho subjetivo correlativo, el cual podría exigir coactivamente el cumplimiento de la obligación y, en caso de incumplimiento, la reparación o indemnización consiguiente) ni deberes (que no tienen correlativamente un titular de un derecho subjetivo concreto, pues el deber se impone como imperativo del interés general y por ello el incumplimiento del deber lleva a la imposición de una sanción, normalmente de una multa, pero también de una corrección disciplinaria)¹⁴⁸.

Señala ALVARADO VELLOSO que la carga se «refiere a una situación de necesidad de realizar una determinada actividad para evitar que sobrevenga un perjuicio procesal. Por obvias razones de método y de comprensión del fenómeno, este nuevo concepto tiene que ser correctamente diferenciado de otros dos de uso corriente: *deberes* y *obligaciones*. 1) *Deberes*: Son los imperativos jurídicos que, con motivo del proceso, tiene toda parte procesal y los terceros ajenos a ellas respecto de la autoridad (por ejemplo, las partes *deben* litigar conforme al principio de moralidad; los terceros tienen el *deber* de testimoniar la verdad; etcétera) y esta respecto de aquellas (por ejemplo, el juez *debe* resolver oportunamente el litigio; *debe* excusarse mediando causal, etcétera). Se presenta siempre en el *plano vertical* del proceso (el que va desde las partes hacia el juez y viceversa) y su incumplimiento es sancionable (por ejemplo: a la parte procesal que litiga con malicia se la multa; al testigo que miente se lo detiene y se le imputa la comisión de delito; al juez que no sentencia en plazo se lo apercibe o se lo multa, etcétera)»¹⁴⁹.

¹⁴⁷ MONTERO AROCA: ob. cit., p. 339.

¹⁴⁸ Ídem.

¹⁴⁹ ALVARADO VELLOSO, Adolfo: *Sistema procesal. Garantía de la libertad*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, p. 332.

Respecto a las obligaciones, señala el autor que «2) *Obligaciones*: Son los imperativos jurídicos que, con motivo del proceso, tiene una parte procesal respecto de la otra. En las legislaciones vigentes no hay otro ejemplo que el pago de las costas y multas en carácter de constricción (*astreintes*). Se presentan siempre en el *plano horizontal* del proceso (el que va desde una parte hacia la otra y viceversa) y su incumplimiento es *constreñible* mediante el uso de la fuerza legítima que puede ejercer el Estado luego de un proceso (por ejemplo: el actor ejecuta su acreencia declarada por sentencia y el juez desapodera al deudor). Excepcionalmente pueden presentarse en el plano vertical cuando una legislación determinada establece que las costas causadas por la declaración de nulidad de una actuación deben ser soportadas por el propio juez que la consumó»¹⁵⁰.

Mientras que, respecto a las *cargas*, aclara el autor que «son imperativos jurídicos que, con motivo del proceso, una parte tiene respecto de sí misma (imperativo del *propio interés*) (por ejemplo: comparecer al proceso, contestar la demanda, confirmar lo afirmado que fue negado, evaluar lo confirmado, etcétera). Se presenta siempre en el *plano insular* que envuelve a cada una de las partes litigantes y su cumplimiento no es sancionable ni constreñible: el incumpliente solo pierde una facultad, derecho o chance por falta de ejercicio oportuno de la actividad requerida. Como este es un concepto propio del derecho procesal, conviene establecer desde ahora la forma en la cual opera. Siempre que la autoridad efectúa *actos de conexión*, lo hace a fin de dar oportunidad a una de las partes para que haga o diga lo que quiera respecto de la instancia ejercida por la otra. A este fin, emite una orden que debe ser cumplida en un plazo previamente determinado por la ley o por la propia autoridad, en su defecto, con el *apercibimiento* (advertencia) del efecto contrario al interés de su destinatario, para el caso de que no la cumpla en el tiempo dado. De tal modo, y como ya lo anticipé, toda carga contiene tres elementos necesarios para que sea tal: una orden, un plazo y un apercibimiento»¹⁵¹.

¹⁵⁰ *Ibíd.*, p. 333.

¹⁵¹ *Ídem.*

Para MONTERO AROCA, la distinción entre carga, obligación y deber permite concluir que en la Ley de rito española no se ha impuesto a las partes obligaciones, sino simplemente deberes «y aunque debe distinguirse claramente entre lo que es un deber y lo que es una carga, por ejemplo cuando se trata del sometimiento a las pruebas biológicas»¹⁵².

4.1. Importancia de la distinción frente a las normas que permiten la valoración judicial de la conducta de las partes. Un ejemplo paradigmático: la exhibición documental

Es, pues, evidente que hay una clara diferencia entre carga, deber y obligación procesales. Diferencia fundamental para entender el tema de la valoración judicial de la conducta procesal de las partes (que se presenta, en principio, como consecuencia de la violación de un deber –moralidad *ex* artículo 170 del Código de Procedimiento Civil venezolano, y expresamente sancionado en los artículos 48 y 122 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo– *ergo*, como una sanción).

Así pues, la diferencia entre carga, deber y obligación procesales debe ser tomada en cuenta:

¹⁵² MONTERO AROCA: ob. cit., pp. 339 y 340. En nota 98, el autor señala: «Cuando el artículo 767.4 LEC dispone que la negativa injustificada a someterse a la prueba biológica de paternidad o maternidad permitirá al tribunal declarar la filiación reclamada, siempre que existan otros indicios de paternidad o maternidad y la prueba de ésta no se haya obtenido por otros medios, no está estableciendo un deber procesal sino inequívocamente una carga, pues el incumplimiento de ese pretendido deber no lleva aparejada una sanción sino una consecuencia procesal perjudicial que podría evitar realizando el acto. Si ese sometimiento a la prueba biológica se concibiera como una obligación de hacer se estaría nada menos que ante la posibilidad de que se exigiera coactivamente, lo cual no parece que sea defendido por nadie, aunque existe alguna sentencia del Tribunal Constitucional muy sospechosa; si se tratara de un deber el incumplimiento debería ser sancionado; al tratarse de una carga la ley se limita a disponer una consecuencia perjudicial para la parte al no «levantar» la carga; incluso podría recordarse la diferencia entre el artículo 767.4 y el 329.2 sobre la presentación de documentos poder de la parte contraria...».

- i. Para identificar las consecuencias derivadas de la violación de la moralidad o buena fe procesal, como violaciones a un *deber* (no a una obligación, ni a una carga) y,
- ii. para clasificar ciertas normas que son incluidas en el supuesto catálogo de normas que son manifestación del deber de moralidad o buena fe procesal, como casos que se identifican y funcionan propiamente como supuestos de *cargas procesales* y no de deberes u obligaciones.

Este es el caso, v. gr., de la exhibición documental prevista en el artículo 436 del Código de Procedimiento Civil de Venezuela¹⁵³. La norma establece:

La parte que deba servirse de un documento que según su manifestación, se halle en poder de su adversario podrá pedir su exhibición.

A la solicitud de exhibición deberá acompañar una copia del documento, o en su defecto, la afirmación de los datos que conozca el solicitante acerca del contenido del mismo y un medio de prueba que constituya por lo menos presunción grave de que el instrumento se halla o se ha hallado en poder de su adversario.

El Tribunal intimará al adversario la exhibición o entrega del documento dentro de un plazo que le señalará bajo apercibimiento.

Si el instrumento no fuere exhibido en el plazo indicado, y no apareciere de autos prueba alguna de no hallarse en poder del adversario, se tendrá como exacto el texto del documento, tal como aparece de la copia presentada por el solicitante y en defecto de ésta, se tendrán como ciertos los datos afirmados por el solicitante acerca del contenido del documento.

Si la prueba acerca de la existencia del documento en poder del adversario resultare contradictoria, el Juez resolverá en la sentencia definitiva,

¹⁵³ Sobre la exhibición documental en Venezuela véase: RIVERA MORALES, Rodrigo: *Las pruebas en el derecho venezolano. Civil, Penal, Oral, Agrario, Laboral y de LOPNA*, Reimp, 6.^a, Librería J. Rincón G., Barquisimeto, 2011, pp. 787 y ss.

pudiendo sacar de las manifestaciones de las partes y de las pruebas suministradas las presunciones que su prudente arbitrio le aconsejen.

El supuesto normativo (*actio ad exhibendum*) es un mecanismo o, como señala RIVERA MORALES, un «recurso que tienen las partes para traer una prueba que pueda influir en la decisión»¹⁵⁴; mecanismo procesal que genera una carga procesal (no un deber ni una obligación) con consecuencias determinadas por el legislador, y que si bien admite la valoración de la conducta de las partes (últ. ap.) cuando autoriza al juez a «sacar de las manifestaciones de las partes y de las pruebas suministradas» las presunciones (*rectius*: conclusiones) que su prudente arbitrio le aconseje, se trata de un mecanismo que funciona o es movido por el concepto de carga procesal.

De manera que, desde ya, relacionar normas de este género (exhibición documental o sometimiento a inspecciones) con el deber de moralidad no parece correcto, pues atienden, más que a la valoración de una prueba, a mecanismos procesales que se sirven de la carga por razones de conveniencia, particularmente por facilidad, proximidad y posibilidad de acceso a la prueba, para traerlas al proceso.

No se trata de un imperativo que surja por *deber de colaboración* (manifestación del principio de moralidad), sino una carga procesal impuesta a una de las partes, con consecuencias procesales por su no levantamiento¹⁵⁵ (lo

¹⁵⁴ Ibíd. p. 788. Sobre los diversos supuestos normativos de la exhibición en Venezuela véase: pp. 788 y 789. Véase también CABRERA ROMERO, Jesús Eduardo: *La prueba ilegítima por inconstitucional*, Ed. Homero, Caracas, 2012, pp. 942 y ss.

¹⁵⁵ En este sentido, NIEVA FENOLL, Jordi: *La valoración de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 252, al referirse al silencio del litigante a la luz del artículo 307 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española que sanciona la negativa, respuestas evasivas o inconcluyentes de una parte al declarar con el reconocimiento como ciertos de los hechos personales que le resulten perjudiciales, critica esta norma, destacando que la ley sanciona el silencio con la eventual pérdida del proceso, pero no sanciona que el litigante miente. Además, identifica al supuesto normativo como una disposición que tiene «una naturaleza más próxima a la carga de la prueba que a

mismo ocurre con los artículos 448 y 505 del Código de Procedimiento Civil, artículo 210 Código Civil¹⁵⁶ y con el artículo 13 de la Ley de Procedimiento Marítimo¹⁵⁷). Y, en efecto, según estas normas, el juez valora la conducta de las partes, pero a partir del concepto de carga procesal.

la prueba legal, porque fijémonos en que en este caso el juez no está valorando un contenido probatorio, sino que está apreciando las consecuencias de una conducta del litigante, lo que es propio de la carga de la prueba. El juzgador, en realidad, tiene ante sí el vacío. Y la ley le sugiere que interprete ese vacío valorando la conducta de quien lo ha provocado. Ello es lo propio de una norma de carga de la prueba». Véase también MONTERO AROCA, Juan: *La prueba en el proceso civil*, 5.^a, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2007, p. 318. Opina en modo diferente PEREIRA CAMPOS, Santiago: «Moralidad, Veracidad y Colaboración: Su incidencia en el proceso civil contemporáneo (El Código Procesal Civil para Iberoamérica y la Experiencia de Código General del Proceso Uruguayo)», en AA. VV., *Estudios iberoamericanos de derecho procesal. Libro homenaje a José Gabriel Sarmiento Núñez*, Legis, C. J. Sarmiento Sosa, Coord., Bogotá, 2005, pp. 540 y ss., para quien: «Específicamente con relación a la instrucción probatoria, el legislador atiende al principio de disponibilidad de los medios, para requerir de aquel sujeto que dispone de cierta prueba, su aporte al proceso; colocándole en situación de deber. No se trata simplemente de la carga de producir prueba, so pena de sufrir consecuencias desfavorables a su interés, sino que la colaboración exigida trasciende esa óptica individual y egoísta, para alcanzar la más general e intensa que corresponde a un deber jurídico de colaborar, con raigambre en los principios de buena fe y lealtad procesal».

¹⁵⁶ *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N.º 2990 extraordinaria, del 26-07-82. Véase por todos DOMÍNGUEZ GUILLEN, María Candelaria: «Notas sobre el artículo 210 del Código Civil: Reconocimiento forzoso de la filiación», *Revista de Derecho*. Tribunal Supremo de Justicia, N.º 25, TSJ, Caracas, 2007, pp. 147 y ss., así como VARELA CÁCERES, Edison Lucio: «El principio de unidad de filiación», *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, N.º 2, RVLJ, Caracas, 2013, pp. 258 y ss.

¹⁵⁷ *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 5554 extraordinario, del 13-11-01. Al respecto véase FERNÁNDEZ-CONCHESO, Aurelio E: *El procedimiento marítimo venezolano*, Ed. Marítimas venezolanas, Caracas, 2006, pp. 100 y ss., y más recientemente MATHEUS G., Carlos A: «Régimen probatorio en el procedimiento marítimo», en AA. VV., *Análisis de 10 años de vigencia de las leyes marítimas venezolanas*, ACIENPOL-UCV, L. Cova Arria, coord., Caracas, 2012, pp. 274 y ss.

Se trata, pues, de *cargas procesales*, no de deberes ni de obligaciones¹⁵⁸. Se habla de carga imperfecta, cuando se otorga al juez el poder de seleccionar y de determinar las consecuencias del comportamiento de la parte que se niegue a presentar el documento o a someterse a la inspección¹⁵⁹. Tanto en este caso como en el caso en el cual las consecuencias son establecidas expresamente por el legislador, estamos en presencia de una *carga procesal*. Es decir, un imperativo del propio interés de la parte apercibida de colaborar que puede acarrearle, en caso de no levantar la carga, consecuencias perjudiciales.

4.2. *Función de la carga procesal*

Teniendo en cuenta la diferencia antes anotada, resulta importante recordar que en el sistema procesal venezolano la noción de carga, particularmente, de carga probatoria, tiene la particularidad de dar sentido al carácter dialéctico del proceso.

El Código de Procedimiento Civil establece en su artículo 506 que: «Las partes tienen la carga de probar sus respectivas afirmaciones de hecho. Quien pida la ejecución de una obligación debe probarla, y quien pretenda que ha sido libertado de ella, debe por su parte probar el pago o el hecho extintivo de la obligación»¹⁶⁰ y, por su parte, el artículo 1354 del Código

¹⁵⁸ No obstante, calificada doctrina estima que normas de esta naturaleza son manifestación de un deber de colaboración, cuyo incumplimiento importa un hecho ilícito. *Vid.* MICHELI: ob. cit., p. 148. Una opinión diferente *vid.* MONTERO AROCA: ob. cit., pp. 460 y 461.

¹⁵⁹ Sobre la crítica a la denominada carga imperfecta. *Vid.* MICHELI: ob. cit., pp. 153 y 154.

¹⁶⁰ De igual tenor es la Ley de rito laboral venezolana que en su artículo 72 establece: «Salvo disposición legal en contrario, la carga de la prueba corresponde a quien afirme hechos que configuren su pretensión o a quien contradiga, alegando nuevos hechos. El empleador, cualquiera que fuere su presencia subjetiva en la relación procesal, tendrá siempre la carga de la prueba de las causas del despido y del pago liberatorio de las obligaciones inherentes a la relación de trabajo. Cuando corresponda al trabajador probar la relación de trabajo gozará de la presunción de su existencia, cualquiera que fuere su posición en la relación procesal».

Civil, establece: «Quien pida la ejecución de una obligación debe probarla, y quien pretenda que ha sido liberto de ella debe por su parte probar el pago o el hecho que ha producido la extinción de su obligación».

La carga de la prueba, y el proceso como juego razonado, impone a aquel gravado con aquella el imperativo de levantarla. La determinación de quién es el sujeto procesal gravado con la carga de la prueba (y quién correrá el riesgo de la falta de prueba) será establecida por la naturaleza de los hechos planteados por las partes en sus respectivas instancias: la parte demandante en su demanda (*rectius*: pretensión) expondrá el *hecho o hechos constitutivos* que la fundamentan y sobre ella recaerá la carga de su prueba, y la parte demandada con su resistencia a la pretensión podrá negar genéricamente la existencia del hecho constitutivo alegado (v. gr., como es posible hacerlo en el procedimiento civil venezolano, mientras que en el procedimiento laboral deberá el demandado –tiene la carga– especificar los hechos que admite o rechaza –arg. art. 135 Ley Orgánica Procesal del Trabajo–) en cuyo caso, en principio, la carga probatoria permanecerá en hombros de la parte actora; mientras que si el demandado frente al hecho o los hechos constitutivos alega hechos impeditivos, modificativos o extintivos, asumirá, en principio, la carga probatoria de estos¹⁶¹.

El propio Código de rito civil venezolano establece en su artículo 254: «Los jueces no podrán declarar con lugar la demanda sino cuando, a su juicio, exista plena prueba de los hechos alegados en ella. En caso de duda, sentenciarán a favor del demandado, y, en igualdad de circunstancias, favorecerán la condición del poseedor, prescindiendo en sus decisiones de sutilezas y de puntos de mera forma». Es una regla de juzgamiento clara y, sin lugar a dudas, muy valiosa en el sistema procesal venezolano, y junto con las dos normas relativas a la carga probatoria deben ser instrumento indispensable del juez para juzgar los asuntos sometidos a su competencia.

¹⁶¹ Sobre los hechos constitutivos, impeditivos, modificativos y extintivos véase CONSOLO, Claudio: *Spiegazioni di diritto processuale civile. Le tutele: di merito, sommarie ed esecutive*, 2ª, G. Giappichelli editore, Turín, 2012, pp. 219 y 220.

A mayor abundamiento, el artículo 11 del Código de Procedimiento Civil venezolano establece que: «En materia civil el juez no puede iniciar el proceso sino previa demanda de parte, pero puede proceder de oficio cuando la ley lo autorice, o cuando en resguardo del orden público o de las buenas costumbres, sea necesario dictar alguna providencia legal aunque no la soliciten las partes» (*Nemo iudex sine actore*), mientras que el artículo 243.5 *eiusdem* prescribe que: «Toda sentencia debe contener: (...) 5°. Decisión expresa, positiva y precisa con arreglo a la pretensión deducida y a las excepciones o defensas opuestas, sin que en ningún caso pueda absolverse de la instancia» y, por su parte, el artículo 12 del Código de rito civil reconoce que: «Los jueces tendrán por norte de sus actos la verdad, *que procurarán conocer en los límites de su oficio*. En sus decisiones el Juez debe atenerse a las normas del derecho a menos que la Ley lo faculte para decidir con arreglo a la equidad. Debe atenerse a lo alegado y probado en autos, sin poder sacar elementos de convicción fuera de éstos, ni suplir excepciones o argumentos de hecho no alegados ni probados».

La interpretación sistemática de estas normas permite deducir con meridiana claridad que en el proceso civil venezolano las partes tienen la carga de probar sus respectivas afirmaciones de hecho, en un marco procesal orientado por el sistema dispositivo y acusatorio, quedando en ellas impulsar y hacer andar cualquier actividad propia para confirmar los presupuestos de hecho (controvertidos) de la norma que invocan como favorable. La actividad probatoria es actividad de parte, cuyo impulso es imperativo del propio interés (carga). Con esto queremos advertir que la prueba en el sistema procesal venezolano (particularmente el civil), debe ajustarse a estas reglas, tanto de distribución de la carga probatoria como las reglas de juzgamiento.

Aquellas permiten no solo determinar la suerte del debate en caso de ausencia de prueba, sino también advierten, con antelación y previsibilidad, la posición que cada parte tiene dentro del proceso (y frente a una específica situación procesal) y qué o cuáles (afirmaciones de) hechos (controvertidos), o mejor, qué o cuáles presupuestos de hecho (controvertidos) de la

norma aplicable deben ser probados y por quién, y cuáles las consecuencias de la ausencia de prueba.

En este sentido, señala ALVARADO VELLOSO que «el tema en tratamiento relativo a la *incumbencia probatoria* –que habitualmente se estudia con el nombre de *carga de la prueba*– no es en sí mismo un tema propio de la prueba procesal sino que es, en esencia, una *clara regla de juzgamiento* dirigida al juez para que sepa a qué atenerse cuando carece de elementos de convicción acerca de los hechos litigiosos sobre los cuales debe fallar. Y como es obvio, tal regla no solo debe ser precisa sino de cumplimiento objetivo y acatamiento irrestricto»¹⁶².

Ahora bien, todo el tema relativo a la carga de prueba y las reglas de juzgamiento condicionan, sin lugar a dudas, la conducta de las partes en el proceso. Esto pues, quien no tiene la carga probatoria (p. ej., el demandado, frente al demandante que no ha logrado probar o confirmar el hecho constitutivo de su pretensión) no debe (técnicamente) levantar carga alguna (aunque puede, sí, asumir ofrecer pruebas, dependiendo de la estrategia procesal elegida), ni mucho menos sufrir consecuencias por la falta de actividad o incumplimiento de aquella. Tampoco debe esa parte sufrir una desmejora en su condición procesal por faltar (su abogado o defensor) a algún deber relacionado con el principio de moralidad (p. ej., el llamado «deber de colaboración»), es decir, perder el pleito, una prueba, o que por aquello se invierta la carga probatoria en su contra.

¹⁶² ALVARADO VELLOSO, Adolfo: *La incumbencia de la prueba (Quién debe probar)*, Ed. Unaula, Medellín, Colombia, 2011, p. 28, en sentido similar véase CONSULO: ob. cit., pp. 220 y 221. Véase también TARUFFO: ob. cit., p. 62. Parte de la doctrina argentina ofrece un enfoque diferente al que se expone en el texto principal sobre la noción de carga de la prueba, particularmente nos referimos a las llamadas *cargas probatorias dinámicas*. Véase al respecto. AA. VV., *Cargas probatorias dinámicas*, Ed. Rubinzal-Culzoni, J. W. Peyrano, director, Buenos Aires, 2004, *passim*. Véase una perspectiva crítica de esta doctrina en GONZÁLEZ CARVAJAL, Jorge: «La carga dinámica de la prueba», *Revista de la Facultad de Derecho*, N.º 71 (2016-2017), UCAB, 2018, pp. 189 y ss.

Creemos, pues, que la correcta diferenciación entre las nociones de carga, deber y obligación en el proceso es necesaria para cualquier aproximación al tema de la moralidad de la conducta procesal de las partes, lo que permite identificar situaciones que frecuentemente son tratadas como violaciones de deberes procesales derivados del principio de moralidad, siendo en rigor de verdad manifestaciones de cargas procesales.

5. PREMISAS AXIOLÓGICAS A SER TOMADAS EN CUENTA PARA EL ANÁLISIS DEL PROCESO

La base axiológica y teleológica del Estado venezolano se encuentra prevista en los artículos 2¹⁶³ y 3¹⁶⁴ de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Ahora bien, la Constitución no prefiere o privilegia de entrada (*a priori*) a uno u otro valor. Se defienden valores como la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y, en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político con la finalidad esencial de procurar la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, el ejercicio democrático de la voluntad popular, la construcción de una sociedad justa y amante de la paz, la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo y la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes reconocidos y consagrados en la Constitución.

¹⁶³ Establece el artículo 2 de la Constitución: «Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político».

¹⁶⁴ Establece el artículo 2 de la Constitución: «El Estado tiene como fines esenciales la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, el ejercicio democrático de la voluntad popular, la construcción de una sociedad justa y amante de la paz, la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo y la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes reconocidos y consagrados en esta Constitución. La educación y el trabajo son los procesos fundamentales para alcanzar dichos fines».

Es evidente que la Constitución de Venezuela es una Constitución hecha para *el hombre*, no para el Estado. Cuestión que resulta lógica, pues el Estado no es un fin en sí mismo, sino un instrumento para alcanzar los bienes más caros para el hombre. Y esto precisamente porque el hombre no es un instrumento o medio *para* el Estado, sino un *fin* en sí mismo¹⁶⁵. La doctrina jurisprudencial de la Sala Constitucional lo ha señalado así, al establecer: «... el hombre es el eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo, su persona y la consagración de sus derechos intrínsecos y personalísimos son inviolables»¹⁶⁶.

¹⁶⁵ Señala FERRAJOLI, Luigi: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 9.^a, Ed. Trotta, trad. P. Andrés Ibáñez *et al.*, Madrid, 2009, p. 883, que: «... El Estado, según el paradigma de justificación externa que la misma sugiere, no es ni un fin ni un valor: es antes bien un producto fabricado por los hombres, “pues es mediante arte” –son palabras de HOBBS– “como se crea ese gran Leviatán que llamamos república o estado, en latín *civitas*, y que no es otra cosa que un hombre artificial. Es éste de mayor estatura y fuerza que el natural, para cuya protección y defensa fue concebido”, de modo que vale en tanto y en cuanto sirva a los “hombres naturales” que con su acuerdo lo produjeron y no vale nada y deberá incluso ser transformado, remodelado y demolido en el caso de alzarse contra ellos...».

¹⁶⁶ TSJ/SC, sent. N.º 1443, del 14-08-08. Señala UNAMUNO, Miguel de: *Del sentimiento trágico de la vida*, Ed. Losada, Buenos Aires, 2008, p. 16, «... El hombre es un fin, no un medio. La civilización toda se endereza al hombre, a cada hombre, a cada yo. ¿O qué es ese ídolo, llámese Humanidad o como se llamare, a que se han de sacrificar todos y cada uno de los hombres? Porque yo me sacrifico por mis prójimos, por mis compatriotas, por mis hijos, y éstos, a su vez, por los suyos, y los suyos por los de ellos, y así en serie inacabable de generaciones. ¿Y quién recibe el fruto de ese sacrificio? Los mismos que nos hablan de ese sacrificio fantástico, de esa dedicación sin objeto, suelen también hablarnos del derecho a la vida. ¿Y qué es el derecho a la vida? Me dicen que he venido a realizar no sé qué fin social; pero yo siento que yo, lo mismo que cada uno de mis hermanos, he venido a realizarme, a vivir. Sí, sí, lo veo; una enorme actividad social, una poderosa civilización, mucha ciencia, mucho arte, mucha industria, mucha moral, y luego, cuando hayamos llenado el mundo de maravillas industriales, de grandes fábricas, de caminos, de museos, de bibliotecas, caeremos agotados al pie de todo eso, y quedará ¿para quién? ¿Se hizo el hombre para la ciencia, o se hizo la ciencia para el hombre?». Más adelante señala el autor: «Por lo que a mí hace, jamás me entregaré de buen grado, y otorgándole mi confianza, a conductor de pueblos que no esté penetrado de que, al conducir un

Vale decir, que para la interpretación y aplicación del catálogo axiológico y finalista de la Constitución debe entenderse que se ha preferido un *pluralismo axiológico* en contra de un *monismo axiológico* donde resulta ser el hombre, como fin en sí mismo, el destinatario único de sus beneficios.

Cuando es concebido el proceso según una perspectiva de análisis monista (o dualista), según la cual aquel método está diseñado para alcanzar la verdad o la justicia, o la verdad y la justicia como fines únicos y últimos, sin reparar en otros valores, surge una razonable duda en cuanto a los fundamentos de esa elección de valor. Elección que en la mayoría de los casos se plantea en términos absolutos para explicar el proceso y la función jurisdiccional del Estado.

Al plantearnos el dilema de escoger un valor que sea el que guíe u oriente al proceso, encontramos una serie de teorías monistas que identifican a este método como forma de realizar un valor, que a su vez es la expresión de todos los demás valores o incluso se sobrepone a aquellos en modo absoluto.

Así encontramos que se señala con frecuencia que valores como la justicia y la verdad son los valores únicos del proceso por ser valores únicos y últimos del Estado, e incluso la fórmula se reduce únicamente al valor justicia¹⁶⁷. Y como tal, absolutos, donde no pueden estos chocar con otros, es decir, no entrar en conflicto con otros valores (v. gr., la libertad). Pero a su vez existen otras teorías que, por el contrario, ven en la libertad el valor único y último del proceso. Estas tesis, con una orientación claramente

pueblo, conduce hombres, hombres de carne y hueso, hombres que nacen, sufren y, aunque no quieran morir, mueren; hombres que son fines en sí mismos, no solo medios; hombres que han de ser los que son y no otros; hombres, en fin, que buscan eso que llamamos felicidad. Es inhumano, por ejemplo, sacrificar una generación de hombres a la generación que le sigue cuando no se tiene sentimiento del destino de los sacrificados. No de su memoria, no de sus nombres, sino de ellos mismos».

¹⁶⁷ Vid. ZAGREBELSKY, Gustavo: *La virtud de la duda. Una conversación sobre ética y derecho con Geminello Preterossi*, Ed. Trotta, trad. J. Manuel Revuelta, Madrid, 2012, p. 38.

monista (*monismo ético*), pueden ser reconducidas y superadas por una perspectiva analítica-pluralista de los valores.

El valor libertad está sin duda presente de manera clara y necesaria en el método que llamamos *proceso*, es decir, el proceso está inspirado por ideas propias del *liberalismo*. Entendido éste (en sentido estricto) como «la doctrina política que, más allá de privilegiar la libertad sobre otros valores, la concibe como conjunto de derechos individuales oponibles no solo a otros individuos, sino también a las leyes del Estado»¹⁶⁸. Pero no implica que su vigencia signifique el abandono de otros valores, sino que aquel es una forma propia para realizar el valor libertad. Partiendo del valor libertad, hay que afirmar que no es absoluto, es decir, no debe admitirse una doctrina liberal anarcocapitalista con la cual sea posible «atribuir permanentemente a los particulares también las funciones tradicionales del Estado –defensa y justicia– recurriendo a agencias de protección»¹⁶⁹ y tampoco una doctrina del *libertarianism* o liberismo que vaya en contra del Estado social y a favor del mercado¹⁷⁰.

Y para este desmarque de cualquier idea que privilegie *a priori* un valor sobre otro, la pauta consiste en estudiar sus vínculos y relaciones con otros valores, entre ellos, *el constitucionalismo* que «indica cualquier doctrina, no solo jurídica, sino también política o filosófica, del gobierno de las leyes: cualquier doctrina de la limitación del poder a través del derecho»¹⁷¹. Pero de este constitucionalismo es necesario tener permanente y particularmente presente el llamado *neoconstitucionalismo*, o constitucionalización del derecho entero, donde Constitución es no solo el límite, sino también el fundamento del poder¹⁷².

¹⁶⁸ Cfr. BARBERIS, Mauro: *Ética para juristas*, Ed. Trotta, trad. A. Núñez Vaquero, Madrid, 2008, p. 95.

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 100.

¹⁷⁰ *Ídem.*

¹⁷¹ *Ibid.*, p. 104.

¹⁷² *Ibid.*, pp. 108 y 109.

Como señala BARBERIS, «el neoconstitucionalismo, en otros términos, no se opone a, sino que pretende «superar», incorporándolos, constitucionalismo liberal y liberalismo en sentido estricto: justamente por ello se trata de constitucionalismo posliberal»¹⁷³. Con esto, es evidente que las doctrinas que rescatan del *proceso* el valor libertad, no son doctrinas divorciadas de las doctrinas *constitucionalistas*, es decir, lo liberal no se opone necesariamente a lo posliberal (donde está implicado el *constitucionalismo*), sino que aquel es superado y conservado. En igual tenor tampoco lo liberal se opone necesariamente a lo social.

Y es acá donde surge el problema del enfrentamiento entre valores que es afrontado por el *pluralismo*, llamado por un autor *liberalismo en sentido latísimo* como un recurso y una riqueza para la unidad y existencia misma del Estado¹⁷⁴. La voz «pluralismo» debe ser entendida, en el orden que nos ocupa, no como *pluralismo político* o *pluralismo cultural*¹⁷⁵, sino como *pluralismo ético* o *práctico* (*value pluralism*), como doctrina *metaética* y *analítica*¹⁷⁶, según la cual los valores últimos son múltiples, pueden chocar y pueden resolverse solo caso por caso¹⁷⁷.

Al justificar valores como la verdad y la justicia (ambas con mayúscula) como fines últimos y únicos del proceso, la libertad y los sujetos titulares de esta, la seguridad jurídica, la defensa y otros valores que pueden llamarse de primera generación quedan en un segundo plano, y lo que es peor, fuera de cualquier posibilidad de conflicto por la pretendida superioridad axiológica determinada *a priori*¹⁷⁸.

Así, se afirma, entre otras consecuencias, que la conducta de las partes debe ajustarse a cánones de moralidad y buena fe, no solo para que el debate

¹⁷³ Ibid., p. 109.

¹⁷⁴ Ídem.

¹⁷⁵ Ibid., pp. 104-109.

¹⁷⁶ Ibid., p. 124.

¹⁷⁷ Ibid., pp. 118 y 123.

¹⁷⁸ Ibid., pp. 40-45.

se lleve a cabo respetando las reglas del juego, sino para que la conducta de las partes esté también en sintonía con las finalidades últimas del proceso. Las partes deben, así, colaborar con el Juez (Estado) en la búsqueda de la verdad y la justicia (ambas con mayúscula).

De manera que la violación de aquellos deberes que se identifican como parte del principio de buena fe o moralidad debe comprometer al deudo (las partes y los abogados); y una consecuencia es, entre otras, atribuir *valor judicial* a la conducta contraria (o favorable, según el caso) al principio de moralidad, por ser a su vez contraria (o coherente, según el caso) con los fines últimos del proceso o, mejor dicho, del Estado.

Esto engendra un serio problema de choque entre aquellas premisas con los fundamentos del proceso y la realidad que lo justifica como hemos señalado, a saber, su instrumentalidad como método de debate dialéctico de resolución de controversias dispuesto para que las partes debatan frente a un tercero (el juez) sus razones, quien decidirá v. gr., a quién corresponde la razón. Es decir, el proceso como método para atribuir razón a quien la tiene y no como método para premiar o castigar a quien obedezca o desobedezca el principio de moralidad dándole o quitándole la razón.

No puede ser ajeno al proceso el fin justicia, pero, como señalan ZAGREBELSKY y MARTINI, «toda la historia de la humanidad es una lucha por afirmar concepciones de la justicia distintas e incluso antitéticas, “verdaderas” solamente para quienes las profesan»¹⁷⁹. El monismo –justicia– lleva a un particularismo y a un utilitarismo, que suele desconocer otros valores también importantes para la sociedad, como la seguridad jurídica y la libertad, y que tienen en el proceso una gran valía para evitar que este se convierta en mecanismo de represión.

¹⁷⁹ ZAGREBELSKY, Gustavo y MARTINI, Carlo María: «La idea de justicia y la experiencia de la injusticia», *La exigencia de justicia*, Ed. Trotta, trad. M. Carbonell, Madrid, 2006, p. 51. Véase también ZAGREBELSKY: *La virtud...*, pp. 37 y ss.

El riesgo de caer atrapados en monismos axiológicos, con especial referencia a la justicia y la verdad, se acentúa a su vez por los peligros de las ideologías; como señalan ZAGREBELSKY y MARTINI, «la justicia renuncia a su autonomía y se pierde en los ideales en las ideologías o en las utopías. Se reduce a un artificio retórico para reivindicar esta o aquella visión política: la justicia proletaria, la justicia étnica o *völkisch* del nazismo, la justicia burguesa, etcétera, cada una presentada como justicia auténtica, alternativa a las demás falsificaciones de justicia»¹⁸⁰. Continúan los autores, «detrás del llamamiento a los valores más elevados y universales es fácil que se esconda la más despiadada lucha por el poder, el más material de los intereses. Cuanto más puros y sublimes son estos valores, tanto más terribles son los excesos que justifican»¹⁸¹.

Esta problemática axiológica enfrenta particularmente al valor justicia y al valor libertad, enfrentamiento que más allá de ofrecer un vencedor debe (y puede) ofrecer vías de análisis y racionalización para que ambos valores puedan coexistir. Citando nuevamente a ZAGREBELSKY y MARTINI, «Justicia y libertad, como exigencias existenciales, muestran de esta forma que están implicadas, que no se puede lograr una sin la otra: no hay justicia sin libertad de perseguirla; no hay libertad sin una justicia que merezca ser perseguida»¹⁸².

Pero el proceso, como método de debate, reiteramos, tiene una justificación como garantía de los demás derechos y, como tal, necesita de la libertad como elemento fundamental para funcionar. A esta concepción se le denomina *garantismo*, como teoría normativa, que privilegia la vigencia de los derechos humanos y la instrumentalidad del Estado para que a través de sus instituciones se acceda a la búsqueda de los valores prometidos en las Constituciones.

¹⁸⁰ ZAGREBELSKY y MARTINI: ob. cit., p. 18.

¹⁸¹ Ídem.

¹⁸² *Ibíd.*, p. 25.

En el ámbito axiológico, el proceso realiza el valor libertad bien como garantía de las personas frente al poder bien como *medio para* realizar los valores prometidos a las personas.

El proceso y las garantías que con este se pretenden hacer valer son propiamente liberales, particularmente el proceso *es una garantía liberal que opera hacia el pasado*¹⁸³, lo que no debe espantar ni alarmar a la existencia y vigencia del Estado social, pues garantías liberales y sociales no se excluyen¹⁸⁴. En la existencia de doctrinas liberales se inscriben desde pensamientos de izquierda como de derecha, de manera que el liberalismo, en sí mismo, no puede ser visto como valor censurable. El proceso, como método dialéctico debe servir para alcanzar la tutela de los derechos *sociales*, pero no por esto va a dejar de ser una garantía liberal que desprecie valores *individuales*, pues estos hacen a la esencia del proceso, esto es, al margen de lo que se discuta en él, siempre será discutido por sujetos (en pie de igualdad); es decir, el proceso directamente obedece al valor libertad e indirectamente sirve como garantía de otros valores que como *instrumento* facilita o contribuye a alcanzar, pero, sobre todo, garantiza los derechos frente a las amenazas del poder.

La idea de moralizar la conducta de las partes en el proceso atribuyendo la victoria-derrota a quien se comporte conforme cánones indeterminados de buena fe, probidad y lealtad, desvirtúa, e incluso deja sin contenido, la idea misma de proceso, que atiende antes que nada a una estructura adversarial y dialéctica y a la garantía de libertad que el mismo comporta.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, fue generosa al reconocer el conjunto de garantías y derechos procesales constitucionales que llenan de contenido al *proceso* junto a los textos internacionales sobre derechos fundamentales.

¹⁸³ Cfr. FERRAJOLI: ob. cit., p. 869.

¹⁸⁴ *Ibíd.*, p. 863.

La idea de proceso está regulada desde la Constitución, no solo por los mencionados artículos 2 y 3, si no más allá de estos y de modo específico en un conjunto de normas que llenan de contenido la idea de proceso. Así podemos mencionar los artículos 26¹⁸⁵, 43¹⁸⁶, 44¹⁸⁷, 46¹⁸⁸, 47¹⁸⁹, 48¹⁹⁰ y 49¹⁹¹ de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

¹⁸⁵ Art. 26. Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente. El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles.

¹⁸⁶ Art. 43. El derecho a la vida es inviolable. Ninguna ley podrá establecer la pena de muerte, ni autoridad alguna aplicarla. El Estado protegerá la vida de las personas que se encuentren privadas de su libertad, prestando el servicio militar o civil, o sometidas a su autoridad en cualquier otra forma.

¹⁸⁷ Art. 44. La libertad personal es inviolable, en consecuencia: 1. Ninguna persona puede ser arrestada o detenida sino en virtud de una orden judicial, a menos que sea sorprendida in fraganti. En este caso será llevada ante una autoridad judicial en un tiempo no mayor de cuarenta y ocho horas a partir del momento de la detención. Será juzgada en libertad, excepto por las razones determinadas por la ley y apreciadas por el juez o jueza en cada caso. La constitución de caución exigida por la ley para conceder la libertad de la persona detenida no causará impuesto alguno. 2. Toda persona detenida tiene derecho a comunicarse de inmediato con sus familiares, abogado o abogada o persona de su confianza, y éstos o éstas, a su vez, tienen el derecho a ser informados o informadas sobre el lugar donde se encuentra la persona detenida, a ser notificados o notificadas inmediatamente de los motivos de la detención y a que dejen constancia escrita en el expediente sobre el estado físico y psíquico de la persona detenida, ya sea por sí mismos o por sí mismas, o con el auxilio de especialistas. La autoridad competente llevará un registro público de toda detención realizada, que comprenda la identidad de la persona detenida, lugar, hora, condiciones y funcionarios o funcionarias que la practicaron. Respecto a la detención de extranjeros o extranjeras se observará, además, la notificación consular prevista en los tratados internacionales sobre la materia. 3. *La pena no puede trascender de la persona condenada.* No habrá condenas a penas perpetuas o infamantes. Las penas privativas de la libertad no excederán de treinta años. 4. Toda autoridad que ejecute medidas privativas de la libertad estará obligada a identificarse. 5. Ninguna persona continuará en detención después de dictada orden de excarcelación por la autoridad competente o una vez cumplida la pena impuesta.

No puede negarse el inmenso contenido garantista de todas las anteriores normas, que en su conjunto afirman el valor libertad como oxígeno que

¹⁸⁸ Art. 46. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral, en consecuencia: Ninguna persona puede ser sometida a penas, torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda víctima de tortura o trato cruel, inhumano o degradante practicado o tolerado por parte de agentes del Estado, tiene derecho a la rehabilitación. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. Ninguna persona será sometida sin su libre consentimiento a experimentos científicos, o a exámenes médicos o de laboratorio, excepto cuando se encuentre en peligro su vida o por otras circunstancias que determine la ley. Todo funcionario público o funcionaria pública que, en razón de su cargo, infiera maltratos o sufrimientos físicos o mentales a cualquier persona, o que instigue o tolere este tipo de tratos, será sancionado o sancionada de acuerdo con la ley.

¹⁸⁹ Art. 47. El hogar doméstico y todo recinto privado de persona son inviolables. No podrán ser allanados, sino mediante orden judicial, para impedir la perpetración de un delito o para cumplir de acuerdo con la ley, las decisiones que dicten los tribunales, respetando siempre la dignidad del ser humano. Las visitas sanitarias que se practiquen, de conformidad con la ley, solo podrán hacerse previo aviso de los funcionarios o funcionarias que las ordenen o hayan de practicarlas.

¹⁹⁰ Art. 48. Se garantiza el secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas en todas sus formas. No podrán ser interferidas sino por orden de un tribunal competente, con el cumplimiento de las disposiciones legales y preservándose el secreto de lo privado que no guarde relación con el correspondiente proceso.

¹⁹¹ Art. 49. El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia: 1. La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso. Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga, de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa. *Serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso.* Toda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir del fallo, con las excepciones establecidas en esta Constitución y la ley. 2. Toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario. 3. Toda persona tiene derecho a ser oída en cualquier clase de proceso, con las debidas garantías y dentro del plazo razonable determinado legalmente, por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad. Quien no hable castellano o no pueda comunicarse de manera verbal, tiene derecho a un intérprete. 4. Toda persona tiene derecho a ser juzgada por sus jueces naturales en las jurisdicciones ordinarias, o especiales, con las garantías establecidas

alimenta y mantiene vivo al proceso. Esto de ninguna manera niega o rechaza la existencia de otros valores y derechos, pues basta leer el extenso catálogo de derechos de primera, segunda, tercera y cuarta generación para darnos cuenta que la elección del Constituyente venezolano fue pluralista. Pero sí confirma que la libertad es también un valor fundamental y que el proceso necesita de ella para funcionar y hacer a su vez efectivos los demás valores.

Existe una norma en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que resulta bastante interesante. Se trata del artículo 257 que establece:

El proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia. Las leyes procesales establecerán la simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites y adoptarán un procedimiento breve, oral y público. No se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales.

Esta disposición normativa es uno de los logros fundamentales de la Constitución de 1999, en cuanto a garantías procesales constitucionalizadas; sin embargo, es nuestra opinión que se ha dejado de interpretar

en esta Constitución y en la ley. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio sin conocer la identidad de quien la juzga, ni podrá ser procesada por tribunales de excepción o por comisiones creadas para tal efecto. 5. Ninguna persona podrá ser obligada a confesarse culpable o *declarar contra sí misma*, su cónyuge, concubino o concubina, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad. La confesión solamente será válida si fuere hecha sin coacción de ninguna naturaleza. 6. *Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes.* 7. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgada anteriormente. 8. Toda persona podrá solicitar del Estado el restablecimiento o reparación de la situación jurídica lesionada por error judicial, retardo u omisión injustificados. Queda a salvo el derecho del o de la particular de exigir la responsabilidad personal del magistrado o de la magistrada, del juez o de la jueza; y el derecho del Estado de actuar contra éstos o éstas. Sobre el debido proceso ver PETIT GUERRA, Luis Alberto, *Estudios sobre el debido proceso*, Ed. Paredes, Caracas, 2011, pp. 58 y 59.

de la forma que parece más plausible. Se señala comúnmente que la disposición normativa previamente transcrita regula la finalidad que debe alcanzar el proceso, cual es la justicia. Lo que reafirma, según esta interpretación, que la justicia es el valor de valores.

Es decir, por lo general la disposición normativa es interpretada con un criterio finalista, a saber, *la justicia como fin del proceso*. Esta es también la orientación de la doctrina jurisprudencial de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, cuando señala: «... recuerda esta Sala que el proceso tiene como fin *único* la realización de la justicia (artículo 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela) de donde se sigue que los ciudadanos no pueden valerse de éste ni emplear mecanismos temerarios o dilatorios para obstaculizar la administración de justicia, antes bien deben conducirse probamente, colaborando y participando activamente en el logro de aquél objetivo»¹⁹².

Sin embargo, a la disposición normativa en referencia puede darse otra interpretación que exprese una norma diferente, coherente con la orientación garantista y pluralista de la Constitución, a saber, que al tratarse de *justicia* (la humana), el método o instrumento para alcanzarla es el *proceso*. Es el *proceso* el instrumento (carácter instrumental y metodológico-método) para realizar un valor carísimo para la sociedad.

Pero lo que se descuida a menudo es que el significado de la norma representa en sí mismo un valor, carísimo también para la sociedad, y podría expresarse de la siguiente manera: «No puede haber justicia (adjudicada) si no es alcanzada mediante el método o instrumento, cual es el proceso». Por lo que es necesario *a priori* saber qué es *proceso*, para lo cual el conjunto normativo referido *supra* (nos referimos a los artículos 26, 43, 44, 46, 47, 48 y 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela) mencionados son una guía necesaria, de los cuales se colige que sin

¹⁹² Vid. TSJ/SC, sent. N.º 1235, 14-08-12.

libertad y sin las garantías de esta no puede haber proceso. Luego, sin proceso no puede haber justicia (adjudicada).

De manera que la interpretación que hacemos, que creemos plausible, no niega valor a la justicia ni tampoco al proceso, y ofrece una lógica racional que reconoce la importancia fundamental del método sobre la meta o, mejor aún, proclama que no puede haber meta (justicia adjudicativa) sino método mediante (proceso).

Es precisamente una interpretación que nos dice que la justicia (adjudicada) no es una finalidad única en el esquema axiológico-pluralista-normativo del Estado venezolano (e incluso en cualquier otro Estado), y que cuando de ella se trata, es el proceso, con las implicaciones que este fenómeno único e irrepetible implica, el método para alcanzarla.

Esto obliga al intérprete y al operador de justicia a elaborar un concepto de *proceso*. Ahora, tal elaboración no puede obedecer al experimento de cada intérprete u operador de justicia, por el contrario, existen, en primer lugar, una serie de parámetros normativos internacionales dictados por Tratados Internacionales que comienzan con la Carta de las Naciones Unidas (1945), la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), los Pactos de 1966 y demás instrumentos universales y regionales (p. ej., Pacto de San José de Costa Rica, 1969) que consagran derechos fundamentales, entre ellos, garantías procesales para *todas* las personas; en segundo lugar, por el reconocimiento que las Constituciones internas de los Estados-nacionales hacen de la constitucionalización de las garantías procesales. Esta realidad normativa, inocultable sin lugar a dudas, ofrece parámetros suficientemente rígidos como para formar un concepto de *proceso*.

Con esto queremos reiterar que de las normas constitucionales procesales de Venezuela, ninguna ordena privilegiar la idea de justicia, verdad jurídica objetiva o ética sobre los demás valores. Si así fuera, se tratará el proceso no de un *proceder* o *un método*, sino un simple trámite sin importancia para alcanzar por cualquier vía la verdad jurídica objetiva, la justicia o la ética.

Reiteramos que el valor libertad está en la esencia misma del proceso, pues libertad y proceso se definen mutuamente; señala BECCARIA que «ningún hombre ha hecho donación gratuita de la propia libertad en atención al bien público; tal quimera solo existe en novelas»¹⁹³, y así ocurre con el proceso, donde la renuncia a la justicia por mano propia presupone y espera a cambio el respeto de una serie de garantías que hagan al *proceso* un método capaz de resolver el conflicto definitivamente.

Es precisamente este el fundamento del *modelo garantista clásico*, fruto de la tradición jurídica ilustrada y liberal¹⁹⁴, modelo que, si bien es ideal e ideológico, como señala FERRAJOLI, y que por tanto nunca será realizable, se trata de un *modelo límite* en amplia medida ideal¹⁹⁵, frente al poder, particularmente al Poder Judicial y la función jurisdiccional¹⁹⁶ que pretende racionalizar en la medida de lo posible la toma de decisiones y que se juzgue conforme a la verdad procesal, esto es, una verdad con límites.

¹⁹³ Cfr. BECCARIA, Cesare: *De los delitos y las penas*, Librería El Foro, Buenos Aires, 2004, p. 49.

¹⁹⁴ Vid. FERRAJOLI: ob. cit., pp. 851 y 852. En este trabajo el autor desarrolla una teoría general del garantismo.

¹⁹⁵ *Ibid.*, p. 38.

¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 69.