

Los valores y el principio dispositivo en Venezuela

Fernando F. GUERRERO BRICEÑO*
RVLJ, N.º 14, 2020, pp. 105-149.

SUMARIO

Introducción 1. La buena fe procesal 2. Los principios generales del Derecho en el proceso civil 3. El principio de la buena fe procesal en la actividad del juez. Precedentes legislativos 3.1. De la posible condición tautológica del artículo 12 3.2. No contradicción del contenido del artículo 12 con normas substanciales 3.3. El principio dispositivo, su alcance ante los sistemas de interpretación 4. Ampliación del alcance del principio dispositivo. Una perspectiva de la actividad judicial desde la buena fe 4.1. Origen histórico de la limitación del principio dispositivo 5. El principio de valoración probatoria bajo el canon de la sana crítica 5.1. El juicio crítico y los valores 5.2. ¿Dónde se ubica la actividad interpretativa del juez? 6. Reformulación del principio dispositivo. Conclusiones

Introducción

Según la clásica definición chiovendiana¹, el proceso ha sido entendido como el conjunto de simples reglas de conducción, racionalmente ordenadas, para dirimir una controversia de intereses o declarar la existencia de algún derecho, mediante una decisión apoyada en el silogismo y bajo los cánones de la filosofía formal.

* **Universidad Central de Venezuela**, Abogado; Doctor en Derecho; Profesor en el Curso de Doctorado. Abogado Litigante.

¹ CHIOVENDA, José: *Derecho Procesal Civil*. T. I. Reus. Madrid, 1922, p. 99.

El principio dispositivo está conformado por la normativa básica bajo la cual el juez emite su sentencia. Sin embargo:

Ni el juez es una máquina de razonar, ni la sentencia un aparato de lógica. El juez es un hombre y su sentencia es una operación humana, de carácter crítico, en la cual la lógica jurídica juega un papel muy importante, pero no es el único ingrediente que compone el fallo. La idea de que la sentencia es un silogismo y, en consecuencia, la idea de que la fe pública asegura la premisa menor del silogismo, es una teoría que culminó en el siglo XVIII, requerida por la política jurídica del siglo XVIII, que ya ha cumplido definitivamente su misión...².

Y es que hasta los más positivistas cuerpos legales, por ser de la esencia misma del proceso, contienen múltiples regulaciones que convocan a los valores-principios generales del Derecho y, en especial, al principio de buena fe, lo cual se ha venido incrementado después de la Segunda Guerra Mundial, siendo incorporados en tratados internacionales, prácticamente todos negociados, consentidos, terminados y adheridos por Venezuela con pocas reservas; aparecidos además, en el Preámbulo y en varias normas de la Constitución, artículos 1, 2, 26, 88, 178, 257, 260, 299, 326 y en la Disposición Transitoria Cuarta, en orden con la tendencia mundial de aplicarlos directamente como ley positiva; y, finalmente, se disponen en múltiples normas internas, todo lo cual ha modificado los alcances tradicionales del principio dispositivo.

Así pues, cabe decir en síntesis que la Constitución no es Derecho natural, sino más bien la manifestación más alta de Derecho positivo (...) El estilo, el modo de argumentar «en Derecho Constitucional» se asemeja, en efecto, al estilo, al modo de argumentar «en Derecho natural», como sabe cualquiera que esté familiarizado con las grandes decisiones de los tribunales constitucionales (...) En los Estados constitucionales

² COUTURE, Eduardo: *Estudios de Derecho Procesal Civil*. T. III. 2.ª, Depalma. Buenos Aires, 1978, p. 82. Adicionalmente vid. TSJ/SCC, sent. del 17-05-12 y MELO LÓPEZ, Luis Emilio: «El juez en el laberinto de la interpretación». En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N.º 10-I. Caracas, pp. 285-293.

modernos, los principios morales del Derecho natural se han incorporado al Derecho positivo (...) En los principios constitucionales confluyen, por tanto, aspectos de temáticas positivistas e iusnaturalistas³.

1. La buena fe procesal

... Puesto que el proceso judicial no es considerado como una actividad privada, ni las normas que lo regulan como de Derecho privado, sino, por el contrario, el Estado y la sociedad están íntimamente vinculados a su eficacia y rectitud, deben considerarse como principios fundamentales del procedimiento los de la buena fe y la lealtad procesal de las partes y del juez. La moralización del proceso es un fin perseguido por todas las legislaciones como medio indispensable para la recta administración de justicia⁴.

El cúmulo de regulaciones que convocan a los principios generales del Derecho y la buena fe en el proceso judicial, de manera muy general, se manifiestan:

i. A partir del aspecto interno de la función del juez, prescribiéndole un *ethos* un *élan* o impulso, que gobierna su acción en pos de los valores de justicia y la verdad y (*ex* artículos 1 y 12 del Código de Procedimiento Civil) para aprehender, imaginar, comprender y sintetizar los hechos servidos por las partes, vertiéndolos en las sentencias, lo cual en este trabajo se lo denomina «el principio procesal de la buena fe». También el artículo 17 prescribe, para el juez, un mandato irrefragable –y poco acatado– de defensa contra los actos que atenten la lealtad y probidad en el proceso, las contrarias a la ética profesional, la colusión y el fraude procesales, o cualquier acto contrario a la majestad de la justicia y al respeto que se deben los litigantes:

Es cierto que durante un tiempo se discutió la posibilidad de que el Derecho sancionara el incumplimiento de reglas morales, en el plano filosófico, pero ya entrado nuestro siglo, primero los civilistas y después los

³ ZAGREBELSKY, Gustavo: *El Derecho dúctil*. Editorial Trotta. Madrid, 2011, p. 116.

⁴ DEVÍS ECHANDÍA, Hernando: *Tratado de Derecho Procesal*. T. I. Editorial ABC. Bogotá, 1985, p. 54.

procesalistas, lo admitieron, con ciertas restricciones, que, especialmente, se refieren a la imprecisión general de la moral, frente a la necesaria precisión del Derecho (...) Desde que dejó de concebirse el proceso como un duelo privado en el cual el juez era solo el árbitro y las partes podían utilizar todas las artimañas, argucias y armas contra el adversario para confundirlo, y se proclamó la finalidad pública del propio proceso civil, comienza a reclamarse de los litigantes una conducta adecuada a ese fin y a atribuir al juzgador mayores facultades para imponer el *fair play*⁵.

El juez-abogado tiene igualmente a la justicia como deber-destino deontológico de su actividad, según se lo prescriben los artículos 2, 5 y 8 del Código de Ética Profesional del Abogado Venezolano.

ii. Se manifiesta por el sentido de organización de los ritos procesales por el juez, para que su actuación esté informada de lealtad, corrección y equilibrio que genere confianza, lo cual corresponde con el concepto de la buena fe procesal.

iii. En cuanto a las partes refiere, la buena fe actúa inspirando su comportamiento probo en litigio, con mayor intensidad en el ámbito del concepto (o sea, el contenido de norma expresa, *ex* artículo 170) y mediante similares perspectivas psicológicas para el principio general; unas, indicativas de la buena fe legitimante –subjetiva-moralizadora-valor– de creerse actuando con corrección; las otras, como buena fe objetiva, normando positivamente un comportamiento idóneo-ético principio en juicio⁶.

⁵ VÉSCOVI, Enrique: *Teoría general del proceso*. Temis. Bogotá, 1984, p. 64.

⁶ Para mayor información y claridad acerca de lo que es el principio general y la conceptualización de la buena fe, ver nuestro trabajo: «La buena fe y la doctrina de los actos propios. Una mirada en el Derecho venezolano». En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N.º 11. Caracas, 2019, pp. 145-190. Para la diferencia entre principios y valores, ver ESTRADA VÉLEZ, Sergio: «La noción de principios y valores en la jurisprudencia de la Corte Constitucional». En: *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*. Vol. 41, N.º 114. Universidad Pontificia Bolivariana. Medellín, 2011, <https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/1046>.

2. Los principios generales del Derecho en el proceso civil⁷

Los principios generales del Derecho se adaptan al proceso, radicándose como el estándar que guía la conducta exigible al juez y a los participantes; con similar efecto que en el área contractual, pero con más intensidad en lo procesal, por estar inmerso en el orden público. Los principios generales penetran en el Derecho Procesal como:

- a. Instrumentos eficaces que facilitan la interpretación de los preceptos complejos o de difícil comprensión, incorporando criterios válidos para descubrir su verdadero alcance, dado el carácter informador de los principios. Por ello, como de forma reiterada destaca el TS, los derechos fundamentales de carácter procesal, y muy especialmente, los derechos a la defensa y a un proceso con todas las garantías, han de ser interpretados y aplicados de conformidad con el principio de la buena fe procesal;
- b. medios fundamentales de integración normativa para los supuestos de lagunas legales, aportando criterios capaces de facilitar la aplicación analógica de las normas;
- c. criterios susceptibles de utilizarse para resolver situaciones de conflicto entre distintos derechos (...)
- d. puntos de referencia básicos a tomar en consideración en las reformas legislativas (...)
- y e. finalmente, los principios procesales tienen una función pedagógica, ya que son parámetros que facilitan una excelente visión genérica de todo el sistema procesal⁸.

Los principios procesales generales, esto es, los «valores» recogidos en disposiciones legales, son acogidos por el Código de Procedimiento Civil, básicamente a través de cuatro dispositivos: los artículos 1, 12, 17 y 22, parafraseados con otros, acerca de los cuales se enfatizará. Conjuntamente, de estas disposiciones emanan lo siguiente:

- i. El deber de impartir justicia: El artículo 1 procesal determina: «Los jueces tienen la obligación de administrar justicia tanto a los venezolanos como

⁷ Los procedimientos de arbitraje deben entenderse comprendidos en la expresión. De hecho, la buena fe los inspira y se moviliza ellos de manera preponderante.

⁸ PICÓ I JUNOY, Joan: *El principio de la buena fe procesal*. Bosch. Barcelona, 2003, p. 50.

a los extranjeros, en la medida en que las leyes determinen su competencia para conocer del respectivo asunto». ¿En qué consiste el mandato de obrar en justicia que se le impone a los jueces? Veámoslo con cierta amplitud:

Un concepto normativo. La justicia es un fin social, como la igualdad, la libertad, la democracia o el bienestar. Existe, sin embargo, una diferencia importante entre el concepto de justicia y los demás conceptos que acabamos de mencionar. «Igualdad», «libertad», etc., son términos descriptivos. Y aunque son abstractos y teóricos, se pueden definir de tal manera que resulten comprobables en general las afirmaciones que aparecen mediante la referencia a la evidencia empírica; por ejemplo, «esta ley fiscal es igualitaria», «la libertad de la palabra prevalece en esta sociedad» (...) No debemos, por lo tanto, interpretar afirmaciones como «la justicia significa igualitarismo» como una definición del concepto de justicia sino como expresión del principio normativo de que las normas igualitarias de distribución son justas, y las no igualitarias injustas, de lo que se deduciría que solo las normas del primer tipo deberían ser aprobadas y aplicadas. Lo mejor es considerar la justicia como noción ética fundamental y no definida⁹.

La justicia, otro gran concepto indefinido, tópico o *topoi*, y no obstante ser un «lugar demasiado común», no aparece referida por el artículo 1160 del Código Civil, ni es un elemento de auto o de hetero-integración contractual. La justicia no se la termina de comprender cabalmente como un valor que es, y por eso se requiere de la diversidad de acotaciones siguientes, para precisar su naturaleza.

Obtener justicia como finalidad, en mayor o menor grado, sería la resultante de aplicar la equidad en un ambiente de buena fe:

Por consiguiente, supuesto que la virtud y el principio de la justicia se fundan en la equidad y en el término medio, hablamos de justicia entre

⁹ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola y PASQUINO, Gianfranco: *Diccionario de Política*. 10.^a, Siglo XXI Editores. Madrid, 1997.

algo, de una equidad de dos o más términos, y de un término medio entre ciertos extremos; y, de acuerdo con la virtud y el principio, exigimos igualmente determinadas personas y una determinada esfera para su manifestación. Supuesto, pues, que el principio de la justicia es una igualdad, la justicia será una forma proporcionada de igualdad. Ahora bien, la proporción requiere, por lo menos, cuatro términos, cada dos de las cuales encierren o impliquen entre sí una igualdad. En efecto, igual que A es a B, lo que C es a D: de la misma manera es proporcional que, el que posea mucho, tribute mucho y que el que posea poco, tribute poco¹⁰.

El fundamento de la justicia es la fidelidad; esto es la firmeza y veracidad de las palabras y contratos (...) porque la fidelidad consiste en hacer lo que se ha prometido¹¹.

Es justicia del acto, su conformidad al orden moral; en cuanto que es justo, el acto contribuye a la paz, por lo que su justicia está en su bondad; de ahí que la justicia del acto es un concepto ético¹².

Otros atribuyen a la justicia un efecto de modalidad en la distribución social de derechos y deberes, bajo ciertas condiciones:

Para nosotros, el objeto primario de la justicia es la estructura básica de la sociedad o, más exactamente, el modo como las instituciones sociales más importantes distribuyen los derechos y deberes fundamentales y determinan la división de las ventajas provenientes de la cooperación social (...) Ahora bien, digamos que una sociedad está bien ordenada no solo cuando está diseñada para promover el bien de sus miembros, sino cuando también está efectivamente regulada por una concepción de la justicia. Esto quiere decir que se trata de una sociedad en la que: 1. cada cual acepta y sabe que los otros aceptan los mismos principios de justicia, y 2. las instituciones sociales básicas satisfacen generalmente estos

¹⁰ ARISTÓTELES: *Gran ética*, De la Justicia, Capítulo XXIII.

¹¹ CICERÓN, Marco Tulio: *Los oficios*. Editorial Porrúa. México D. F., 1993, Libro I, Cap. VII.

¹² CARNELUTTI, Francisco: *Teoría general del Derecho*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1955, p. 418.

principios y se sabe generalmente que lo hacen. En este caso, aun cuando los hombres puedan tener demandas excesivas entre ellos, reconocerán, sin embargo, un punto de vista común conforme al cual sus pretensiones pueden ser determinadas¹³.

Y también se le atribuye a la justicia la condición de guardián de la dignidad humana, como reconocimiento a la inviolabilidad personal, para no ser sacrificada por ninguna otra persona, ni por nada o como instrumento de algún fin general. Se la comprende también como al derecho a la libertad, entendida como la autonomía para que cada quien diseñe su plan de vida:

La que más me gusta es de un pensador anarquista del siglo XIX, Pierre-Joseph PROUDHON, y dice así: «La justicia (...) es el respeto, espontáneamente experimentado y recíprocamente garantizado, de la dignidad humana, en cualquier persona y en cualquier circunstancia en que se encuentre comprometida, y a cualquier riesgo que nos exponga su defensa»¹⁴.

Según el pensamiento iusnaturalista, el paso del ser al deber ser resulta posible porque se asume la justicia como valor. La justicia representa el máximo imperativo o la norma primaria presupuesta de la que deriva cualquier otra normatividad. Las doctrinas del Derecho natural, por tanto, no desmienten en absoluto la separación positivista. Tampoco su «deber ser» deriva exclusivamente del «ser». En efecto, que la justicia deba ser realizada no es en absoluto un hecho, sino un valor, aunque tal vez sea el más obvio o menos controvertible de los valores. En los ordenamientos jurídicos basados en los principios, en cambio, aquel paso no depende de un valor reconocido *a priori*, como sucede para la doctrina del Derecho natural, sino de normas de Derecho positivo¹⁵.

La historia de las ideologías conoce de las siguientes fórmulas, para entender la idea de justicia:

¹³ RAWLS, John: *Una teoría de la justicia*. Fondo de Cultura Económica. México D. F., 1993, pp. 21 y 23.

¹⁴ SAVATER, Fernando: *Las preguntas de la vida*. Ariel. Madrid, 2004, pp. 210 y 211.

¹⁵ ZAGREBELSKY: ob. cit., p. 119.

1. «A cada uno según su rango», que corresponde al sistema de asignación basado en las clases. 2. «A cada uno según sus obras», que corresponde al sistema de asignación según las actividades en las dos especies de pruebas selectivas y de medida de tiempo empleado. 3. «A cada uno según sus necesidades», que corresponde a la asignación según necesidades comprobadas y reconocidas (...) 4. «A cada uno según sus deseos», que corresponde a la asignación según las preferencias aceptadas y reconocidas. 5. «A cada uno según la suerte», que corresponde a los sistemas de asignación precisamente mediante sorteo, para algunos «juicios de Dios», etcétera. 6. «A cada uno según su riqueza», que corresponde al sistema de asignación mediante el mercado. 7. «A cada uno según su poder», que corresponde al sistema de asignación según el cual toma los bienes quien tiene el poder de hacerla¹⁶.

Finalmente, la justicia en el orden jurídico-judicial, si pudiera hablarse como un *desideratum* objetivable, resulta de un mandato constitucional, cuyo valor se pondera por sobre lo procesal y lo formalista, conforme lo previene el aparte del artículo 26:

El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles.

Por cierto que esta redacción no es del todo feliz, por cuanto la equidad constituye una nota fundamental de la justicia; la justicia siempre será equitativa, tratéase de la acción de impartirla como de su resultado. No se debe olvidar que: «El Derecho es demasiado humano para pretender lo absoluto del metal o la línea recta»¹⁷.

La tradición es, pues constante y a lo que parece, ininterrumpida; como los prudentes de la antigua Roma, nuestros antiguos autores han visto en

¹⁶ TARELLO, Giovanni: *Cultura jurídica y política de Derecho*. Fondo de Cultura Económica. México D. F., 1995, p. 200.

¹⁷ CARBONNIER, Jean: *Derecho flexible. Para una sociología no rigurosa del Derecho*. Tecnos. Trad. L. Díez-PICAZO. Madrid, 1974, p. 78.

el Derecho la ciencia del bien y de lo justo; como ellos han estimado que esta ciencia debe atender al triunfo de la equidad, no de la injusticia y que las prerrogativas sociales solo podrían ser ejercitadas socialmente, por un motivo correcto y en vista de fines legítimos; como aquellos, en fin, han hecho suya y afirmado la misma oposición entre la legalidad estricta y la justicia, oposición que VOLTAIRE engastó en este verso que ha llegado a ser clásico: Un derecho llevado demasiado lejos, degenera en injusticia¹⁸.

Los abogados –y el juez como abogado, a mayor abundamiento– están circunscritos en sus deberes deontológicos, a la finalidad de llevarlos a cabo «con justicia»: Código de Ética Profesional del Abogado Venezolano:

Artículo 2.- El abogado tendrá como norte de sus actos servir a la justicia...

Artículo 5.- El abogado como servidor de la justicia y colaborador en su administración no deberá olvidar que la esencia de su deber profesional consiste en defender los derechos de su cliente con diligencia y estricta sujeción a las normas jurídicas y a la ley moral.

Artículo 7.- El abogado en defensa de la justicia y de la verdad ejercerá libremente y con moderación su ministerio con la sola limitación que le imponen la Ley y los principios de ética profesional.

ii. El artículo 12 procesal, una *regula iuris*: El artículo 12 del Código de Procedimiento Civil, al ser parangonado con el artículo 1160 del Código Civil, resulta también una *regula iuris* y un dispositivo procesal con naturaleza *ius cogens*, que contiene un cúmulo amplio de regulaciones dirigidas al juez, modelando la interpretación de los contratos, tanto los que presenten oscuridad, ambigüedad o deficiencia, como los claros. Aunque también es cierto que la situación en la cual resulta aplicable el principio general de la buena fe como

¹⁸ JOSSERAND, Louis: *Los móviles de los actos jurídicos de Derecho privado*. Editorial Cajica. México D. F., 1946, p. 10. Recordar el clásico *dictum* ciceroniano: El sumo rigor del Derecho viene a ser suma injusticia: *summum ius, summa iniuria, vid.* CICERÓN: ob. cit., Libro I. Cap. X, p. 12.

conformadora del fallo es residual, porque no necesita ser llamada en la mayoría de los casos donde los hechos servidos pudiesen presentar aceptable entendimiento y fijeza, sino en las zonas grises, en los contornos difuminados de ciertas situaciones. Sin embargo, en la actividad calificadora y valorativa de la motivación del fallo, la buena fe se torna imprescindible.

iii. El artículo 17 del Código de Procedimiento Civil: El muy pocas veces invocado, y menos aplicado, artículo 17 del Código de Procedimiento Civil, fija los principios generales de actuación de las partes, que luego se precisan o conceptualizan en el artículo 170 *eiusdem*. Se repite en este dispositivo la inexplicable resistencia del legislador y del doctrinante patrios de utilizar con precisión la expresión buena fe, a pesar de que se hace uso de sus atributos, lealtad, probidad y de sus antónimos, fraude y colusión, en función prohibitiva. Se complementa con los artículos 19, 21 y 23 *eiusdem*.

iv. El artículo 22 del Código de Procedimiento Civil: Una interesante norma es la contenida por el artículo 22 del Código de Procedimiento Civil, muy poco notada: «Las disposiciones y los procedimientos especiales del presente Código se observarán con preferencia a los generales del mismo, en todo cuando constituya la especialidad; sin que por eso dejen de observarse en lo demás las disposiciones generales aplicables al caso».

El discernimiento de esta norma autoriza la aplicación continuada de los principios generales, inapropiadamente mencionados allí como «disposiciones generales». Constituye así un reenvío constante al artículo 4 del Código Civil y un apercebimiento para que el juez tenga siempre en cuenta a las inspiraciones generatrices del Derecho, aun frente a la existencia de disposición expresa para el caso.

En lo que concierne a la conceptualización de la conducta a observarse por las partes, el artículo 170 procesal es el que resulta el más atendido por la doctrina nacional y extranjera en sus equivalentes. Otros principios generales están claramente acogidos por la Constitución y por el Código de Procedimiento Civil, tales son: el derecho al debido proceso o a un juicio justo, el principio

de la *perpetuatio jurisdictionis o fori*, la equidad, el empleo de los usos del tráfico, la prohibición del fraude a la ley, la prohibición del abuso de derecho o la protección de los derechos de los terceros, el consejo de acogimiento de la doctrina de la Sala de Casación Civil y el principio de coherencia o no contradicción en los fallos.

Paradigmáticamente, los principios generales pueden idealizarse como las bases y vigas de una edificación, y a las leyes como los tabiques. Sin bases ni vigas, la edificación no se sostiene; sin tabiques es infuncional. Los principios no se agotan ni se cierran, son tópicos, o nociones de entendimiento común y generalizado, que permiten el acceso a nuevas ideas y criterios interpretativos, cuyo contenido no es posible delimitarlo ni cercarlo, jamás.

3. El principio de la buena fe procesal en la actividad del juez. Precedentes legislativos

Sorprendentemente, nos encontramos con la inclusión de la buena fe procesal, desde antes de la formación de la nación, en el texto de la Cédula de Erección del Consulado de Caracas, para la atención de los litigios mercantiles y la regulación del comercio en general, dada en Aranjuez el 3 de junio de 1793, por el Rey Carlos IV de España:

V. En los juicios se ha de proceder siempre a estilo llano, verdad sabida y buena fe guardada, y el orden que en ellos se ha de tener será este. Presentado el litigante en audiencia pública expondrá breve y sencillamente su demanda, y la parte contra quien la intenta. Luego se hará comparecer a esta por medio de un portero; y oídas ambas verbalmente con los testigos que trajeren, y los documentos que presentaren si fueren de fácil inspección, se procurará componerlas buenamente; y aviniéndose las dos partes quedará pleito concluido. Cuando no se avengan se les hará salir, y quedándose los jueces solos votarán, empezando siempre el más moderno. Dos votos conformes harán sentencia, la cual firmada por los jueces con su escribano, y notificada a las partes, se ejecutará hasta en cuantía de ochocientos pesos fuertes.

xvi. Cuando en los tribunales de primera o de segunda instancia se presenten escritos, que aunque firmados solo por las partes, parezca a los jueces estar dispuestos por letrados, no se admitirán; a menos que las mismas partes afirmen bajo de juramento no haber intervenido en ellos letrado alguno: y aun en este caso se desechará todo lo que huela a sutilezas y formalidades de Derecho, y se atenderá solo a la verdad y buena fe¹⁹.

Las reglas procesales, ya republicanas, tienen los siguientes precedentes legislativos:

a. El Código de Procedimientos Judiciales, promulgado el 19 de mayo de 1836, redactado por el sabio licenciado FRANCISCO ARANDA, comisionado por el gobierno de José Antonio Páez; adaptadas a la idiosincrasia venezolana sobre la base del procedimiento francés²⁰, quien parece haberse basado en un anteproyecto presentado por Rafael AGOSTINI en 1835. El principio dispositivo contenido en el Código arandino es de esta guisa:

Artículo 16.- Toda sentencia ha de contener decisión expresa, positiva y precisa, con arreglo a las acciones deducidas en el juicio, condenando o absolviendo en todo o en parte, nombrando la persona condenada o absuelta y la cosa sobre la que recae la condenación o absolución.

Artículo 23.- En todo caso dudoso se sentenciará en favor del demandado; si no hay oposición de partes, a favor del que solicita, si su solicitud no ataca ni perjudica manifiestamente los derechos de un tercero²¹.

La redacción original consiste en una precisa y simple instrucción al juez. No hay alusión a la buena fe y carece de señalamientos éticos.

¹⁹ Texto completo de la Cédula: www.cervantesvirtual.com.

²⁰ Vid. GUARDIA, Amelia: «La codificación civil de Páez». En: *Politeia*. Vol. 29, N.º 36. UCV. Caracas, 2006, pp. 171-198, <http://www.2.scielo.org/ve/scielo.php>.

²¹ Vid. *Leyes y Decretos de Venezuela, 1830-1840*. T. I. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 1982.

b. En la reforma del 14 de mayo de 1897 se estableció: «Artículo 13.- En la interpretación de los contratos y actos en que exista realmente oscuridad, ambigüedad o deficiencia, los tribunales se atenderán al propósito y a la intención de las partes u otorgantes, teniendo en mira las exigencias de la ley, de la verdad y de la buena fe».

Este es el primer Código venezolano que contiene una mención expresa acerca de la buena fe en el ámbito procesal. Sin embargo, dicha reforma, por la señalada influencia positivista de la época, se la entendía más bien como solamente una cuestión de buenas maneras. La doctrina de entonces nada comenta.

c. En el Código de Procedimiento Civil, sancionado en fecha 19 de diciembre de 1916, mejorando un tanto el orden y la redacción del precedente de 1897, se dispuso:

Artículo 12.- Los jueces tendrán por norte de sus actos la verdad que procurarán escudriñar en los límites de su oficio, debiendo atenerse a lo alegado y probado en autos, salvo lo dispuesto en el artículo anterior, y sin poder sacar elementos de convicción fuera de éstos, ni suplir excepciones o argumentos de hechos no alegados ni probados. No podrán declarar con lugar la demanda, sino cuando, a su juicio, exista plena prueba de la acción deducida. 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.

El exégeta por excelencia del Código de 1916, BORJAS, considera al respecto:

... se ha expuesto en materia de reglas de interpretación la que expresa nuestro texto en un solo precepto: «Descubrir a todo trance con buena fe, sin otra mira que la verdad y dentro de las exigencias de la ley, la intención de los contratantes, y atenerse a ella»; porque entre partes que celebran convenciones, su voluntad es la ley (...) y los jueces deben en consecuencia aspirar a que de autos aparezca lo verdadero, lo real, sin que a ellos les toque descubrir personalmente otra cosa diferente de la

que arrojen los autos, pues la única verdad para el juez es la procesal, la que resulte de los alegatos y de las probanzas constantes de autos. Como el magistrado, para llegar a lo cierto, no puede salirse de los límites de su oficio, y no debe obrar con espontánea actividad sino en los casos de excepción de que ya hemos hablado en el número anterior, limitándose en lo demás a hacer practicar los pedimentos de las partes y a atenerse a sus alegatos y pruebas, ocurrirá no pocas veces que la verdad absoluta, adquirida por el juez mediante elementos de conocimiento que no existen en autos, no pueda ser proclamada sino la que estos arrojen²².

Se evidencia de los Códigos de Procedimiento anteriores y en sus intérpretes, probablemente por la persistente tendencia exegético-positivista, que no vislumbraban los beneficios de humanizar o moralizar las reglas del principio dispositivo; y como también comenta BORJAS, so pretexto o temor «de abrir en los juicios las puertas a las arbitrariedades».

d. El estado actual de la legislación permite con todas las seguridades posibles, abrir esas puertas a los principios generales en materia judicial-interpretativa, pues el vigente Código Procesal promulgado el 16 de septiembre de 1986, con ligeras modificaciones sancionadas en 1990, contempla las normas que conforman al principio dispositivo, en los artículos 12, 243, 254 y 506.

Del contenido de las referidas normas se puede concluir: i. A partir del Código de Procedimiento Civil de 1897, la buena fe es sugerida como principio de corrección en la Administración de Justicia; ii. la buena fe se erige como principio general de Derecho Procesal desde la vigencia del actual Código de 1986; 90 años después...

3.1. De la posible condición tautológica del artículo 12

La inserción de normas de fijación de principios es una reminiscencia del sistema de paradigmas-imágenes-parábolas, empleado en Las Partidas, en donde se aprecia que ante cada título se inserta un proemio que enuncia el

²² BORJAS, Arminio: *Comentarios al Código de Procedimiento Civil venezolano*. T. I. 3.^a, Ediciones Sales. Caracas, 1964, pp. 45 y 50.

contenido general, y las leyes de ese título comienzan por las definiciones de los institutos que gobiernan; por cierto, en parte, seguido por el Código BELLO de Chile. La excesiva abstracción de los dispositivos regulatorios es una particularidad de los sistemas apoyados en el estilo francés de legislar; lengua bastante contextual, que genera dolores de cabeza dada la multiplicidad de posibilidades interpretativas, sin la precisión y exactitud del idioma español.

De este modo, en la doctrina alemana, probablemente debido al reconocimiento legal en el §138, párr. 10 ZPO de los deberes de integridad o plenitud (*Vollständigkeitspflicht*) y veracidad (*Wahrheitspflicht*), pronto fue asumido como un verdadero principio procesal, y así LENT, refiriéndose a la probidad o buena fe, indica que estamos ante uno de los principios «cardinales de todo sistema procesal sano» (...) Sin embargo, la doctrina italiana, proclive –como se ha tenido ocasión de indicar– a no efectuar un análisis sistemático o de conjunto de los principios procesales, y probablemente debido también a que el artículo 88 del Código de Procedimiento Civil solo hace referencia a un genérico deber de las partes de actuar conforme a la probidad, no se refiere específicamente a la buena fe como principio procesal, si bien se realizan referencias a la lealtad y probidad dentro del estudio que se dedica a las «obligaciones o deberes de los litigantes», como sucede en los *Principii* o las *Instituciones* de CHIOVENDA, y en las obras de CALAMANDREI, CARNELUTTI (...) Sin embargo, con la nueva Ley 1/2000, parte de la doctrina ya empieza a admitir la recepción de este principio en el artículo 247²³. Pese a las reticencias doctrinales por acoger el principio de la buena fe procesal, éste es recogido unánimemente por parte de la jurisprudencia²⁴.

La tendencia legislativa continental coincide con la conveniencia de convocar a los principios-valores éticos para actuar en las directrices generales

²³ Código Procesal español, Título VIII. De la buena fe procesal: artículo 247.- Respeto a las reglas de la buena fe procesal. Multas por su incumplimiento. 1. Los intervinientes en todo tipo de procesos deberán ajustarse en sus actuaciones a las reglas de la buena fe. 2. Los tribunales rechazarán fundadamente las peticiones e incidentes que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal...

²⁴ PICÓ I JUNOY: ob. cit., pp. 51-54.

de la acción del juez. Propone el Proyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica:

Artículo 5.- (Buena fe y lealtad procesal). Las partes, sus representantes o asistentes y, en general, todos los partícipes del proceso, ajustarán su conducta a la dignidad de la justicia, al respeto que se deben los litigantes y a la lealtad²⁵ y buena fe. El tribunal deberá impedir el fraude procesal, la colusión y cualquier otra conducta ilícita o dilatoria.

3.2. *No contradicción del contenido del artículo 12 con normas sustanciales*

El artículo 12 procesal constituye un universo normativo, *regula iuris-ius cogens*, correlativo con los artículos 1160 y 1270 del Código Civil, de importantes matices éticos, como es la inclusión de los valores que comprenden la instrucción impartida al juez para búsqueda de la verdad y el recurso a la buena fe para los casos oscuros, ambiguos o inciertos –igualmente para los claros–; también como una inclusión de la retórica clásica-aristotélica en la cual *pathos-poesis* (emoción-belleza), el *ethos* (carácter-comportamiento) y *logos* (racionalidad, razonamiento) se consubstanciaban; todo un avance frente al sistema basado en la lógica formal aplicada al Derecho, que consideraba como base de los fallos al silogismo.

La tesis de DWORKIN demuestra que la regla del artículo 12 del Código de Procedimiento Civil, «Los jueces tendrán por norte de sus actos la verdad...», no es una regla rígida como lo entienden los adoradores del positivismo clásico, puesto que el juez puede fundar su decisión en máximas de experiencia, y, en esa tarea, debe atender también a los principios y privilegiar a los que tienen mayor peso²⁶.

El complejo deontológico 1160 y 1270 del Código Civil contiene el principio general interpretativo de los pactos bajo el canon de la buena fe, no dirigido

²⁵ El término «lealtad» parece que sea redundante, porque es un componente de la buena fe.

²⁶ ESCOVAR LEÓN, Ramón: *Estudios sobre casación civil*. TSJ. Caracas, 2003, p. 415.

a un contrato en particular, ni a un grupo de personas peculiares, sino a todos los contratos y a todas las personas que contraigan vínculos obligacionales susceptibles de ejecución: es así una meta-norma; por su parte, el canon del artículo 12 está también fuera de los confines de la controversia de intereses privados: es un *fiat* para el juez y está dirigido a la totalidad del proceso, con la misma intensa dosis de buena fe que para los aspectos substanciales; por eso es que se lo considera como *ius cogens*, con igual efecto meta-normativo:

El comentado artículo 12 del Código de Procedimiento Civil, contiene en su aparte *in fine* unas reglas de interpretación y si tomamos en cuenta lo que señala ORSINI cuando se está «... en presencia de una cláusula cuyo sentido literal aparece claro, hay sin embargo necesidad de conciliarla, bien con lo que se deriva de otras cláusulas igualmente claras, o bien con circunstancias extrínsecas concomitantes a la celebración del contrato que no pueden razonablemente ser menospreciadas», se encuentra que de acuerdo con la formulación del artículo 12 del Código de Procedimiento Civil, la interpretación de los contratos no es de la soberanía de la instancia, porque la tarea interpretadora es una regla de conducta del juez al sentenciar²⁷.

La *regula iuris* del 12 apunta a la conciencia del juez y le prescribe la búsqueda de la verdad legalmente calificada como el norte de su acción; una preceptiva axiológica, apuntando al logro de justicia, según el artículo 1 *eiusdem*, que en algunos casos es ardua de alcanzar²⁸. Pero, también, la ley atribuye a la búsqueda de la verdad –sin ningún otro atributo– la calidad de *desideratum*; una cuestión utópica-ideal-especulativa, que los jueces procurarán conocer dentro de los límites de su oficio. Además, toda y nada más que la verdad no es posible de captar, decir o aprehender, porque los hechos procesales, que son meras reconstrucciones intelectuales, resultan alterados por las experiencias y sentimientos del observador, quien de una forma u otra los distorsiona. Es plausible, sin embargo, ser «lo más honesto posible» o decir «que se entendió algo de la manera más sincera».

²⁷ *Ibíd.*, p. 415.

²⁸ «Lo prueba la imposibilidad que hay de alcanzar la completa verdad y la imposibilidad de que se la oculte por completo», ARISTÓTELES: *Metafísica*. Libro segundo, Capítulo 1.

Se puede decir que la verdad en el conflicto entre los intereses particulares y el interés público está en el justo medio. Es decir, el ordenamiento del proceso debe respetar aquellas manifestaciones del derecho de las partes que constituyen efectivamente proyecciones de sus derechos subjetivos. Pero el interés público está obligado a intervenir en todos aquellos aspectos que, aun estando conectados con las relaciones privadas hechas valer en juicio, no son derivaciones o proyecciones del derecho subjetivo particular, sino formas de la tutela organizada por el Estado. Situándolos dentro de sus justos límites, no hay posibilidad de interferencias entre cada uno de los tipos de intereses que coexisten en el proceso civil²⁹.

Siendo el ideal en que consiste la búsqueda abstracta «de la verdad» bajo el canon de la buena fe, una directiva-valoración primordial que contiene formas que el juez debe adoptar intensamente en su oficio, el artículo 12, en modo alguno, se contradice con la propia función jurisdiccional. Opuestamente: la instrucción ético-funcional resulta imprescindible y es de celebrarse el tino del legislador patrio al disponerla de manera intraprocesal-expresa para que produzca, además, aceptación.

En la «Exposición de motivos» del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, se perfilan los contornos –de manera similar a como se concibe actualmente en la legislación venezolana– del principio dispositivo:

En cambio, reiteramos, en cuanto al principio relacionado con los poderes del juez, podemos decir que debe fallar *secundum allegata*, pero no *secundum probata*. Es decir que, desde hace tiempo, el procesalismo iberoamericano ha distinguido –aun dentro del proceso dispositivo– la disposición del derecho de fondo y la de los derechos procesales, lo que significa llevar hasta sus últimas consecuencias la diferencia entre derecho y acción. Y en tal virtud, considerar a la relación al proceso mismo y a la averiguación jurídica de la verdad o falsedad de los hechos alegados por las partes.

²⁹ RODRÍGUEZ URRACA, José: *Autoridad del juez y principio dispositivo*. UC. Prólogo de N. ALCALÁ-ZAMORA. Valencia, 1968, p. 99.

En consecuencia, la inclusión de reglas que contienen principios generales interpretativos ni constituye tautología ni es invasiva de la categoría procedimental; antes bien, representa una armonización saludable entre el Derecho substancial y el procesal.

Esta es la tesis de una parte significativa de la teoría del Derecho –con LLEWELIYN o DWORKIN entre otras voces– que, desde la teoría del Derecho, ha producido un cambio de paradigma desde el positivismo hacia visiones hermenéuticas del fenómeno jurídico. En esta línea, ESSER señala que ningún sistema establecido puede decir a la judicatura cómo interpretar el Derecho en el caso concreto. La judicatura no puede ceñirse únicamente a los métodos de escuela como la interpretación literal, sistemática, histórica y teleológica; sino que se orienta por sus nociones de justicia atendiendo a la naturaleza del problema³⁰.

Adicionalmente, la ley procesal patria (artículo 23), al fijarle los límites de sus potestades al juez, cuando no hay expresa instrucción procesal, lo conmina a considerar lo más equitativo o racional en obsequio de la justicia y de la imparcialidad, lo cual no hace otra cosa sino imponerle obrar axiológicamente: con vistas en los valores de un *bonus pater familias*³¹.

Esto, a su vez, consiste en hacer operar al canon-valor de la honradez-lealtad, *honeste vivere*, que representa la invocación a la buena fe subjetiva-legitimante, todo lo cual confiere autoridad moral al juez. En tanto que mantener

³⁰ ARANGUREN S., Tasia: *Argumentación jurídica y ética de la virtud*. Reus. Madrid, 2018, p. 110.

³¹ Expresión sorprendentemente desaparecida de la legislación francesa, por efecto de la modificación contenida en la Ley para la igualdad real entre las mujeres y los hombres (*Loi N.º 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes*), substituyéndola por «razonabilidad», término un tanto aséptico y que en el fondo significa lo mismo, bajo la regla moral de ULPIANO-PAPINIANO. Ver TOMÁS MARTÍNEZ, Gema: «La substitución del “buen padre de familia” por el estándar de la “persona razonable”: Reforma en Francia y valoración de su alcance». En: *Revista de Derecho Civil*. Vol. II, N.º 1. Madrid, 2015, pp. 57 y ss., <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/109>.

a las partes en los derechos y facultades comunes a ellas, sin preferencia ni desigualdades y en los privativos de cada una (artículo 15 del Código de Procedimiento Civil), es la conceptualización que constituye el principio constitucional de la igualdad ante la ley (artículo 21), invocación a la equidad y a la probidad normativa prescrita por la regla *suum cuique tribuere*, que prescribe comportarse *civiliter*, de forma apropiada para lograr utilidad según las circunstancias y en reconocimiento a los derechos adquiridos por nuestros semejantes. Una apelación a la regla moral (ULPIANO, *Digesto*, 1,2,10) o sea a la buena fe objetiva-normativa en la actividad del juez.

El concepto indeterminado –enseña HENKE–, por su «carácter abierto», es utilizado por el legislador para transferir al juez el hacer concreta una norma, y por la remisión a valores y reglas extrajurídicas, manda al juez, que al determinar el derecho se oriente por valores culturales, principios experienciales de las ciencias naturales, reglas de la vida económica, exigencias de la ética social, etc; esto es, que emplee esos datos en la construcción de sus premisas mayores y les dé así acceso al derecho. Conceptos indeterminados tales como: «tolerabilidad», «equidad» «adecuación», «buena fe», «buen padre de familia», sirven al juez para la determinación del derecho, completando o integrado la norma que le remite a esos conceptos³².

3.3. *El principio dispositivo, su alcance ante los sistemas de interpretación*

El pensamiento positivista-formalista, predominante en la educación jurídica venezolana desde hace mucho tiempo, ha fijado el alcance del principio dispositivo, tratando de imponer a ultranza el sistema basado en el silogismo, proveniente de la lógica formal y a través del mecanismo de la subsunción, desatendiendo que el razonamiento jurídico es «practogónico»³³ y que la resolución de conflictos para disipar el caos social deberá estar condicionada

³² RENGEL ROMBERG, Arístides: *Tratado de Derecho Procesal Civil venezolano*. T. 1. Editorial Exlibris. Caracas, 1991, pp. 80 y 81.

³³ DELGADO OCANDO, José Manuel: *Ficciones y presunciones en el Código Civil venezolano*. TSJ. Caracas, 2001, pp. 25 y 26.

por un sistema de razonamiento-valoración, adaptable a las necesidades de los tiempos, mediante remedios útiles y flexibles.

Debo comenzar por afirmar que, cuando se trata de analizar el problema de la subsunción, es decir, de cómo subsumir ciertos hechos dentro de una norma jurídica general, hay que empezar por abandonar el enfoque que generalmente los jueces y la mayoría de los abogados tienen, cuando expresan que el proceso judicial culmina en un simple silogismo, en el cual la norma legal, por ejemplo –pero podría ser otro tipo de norma jurídica general–, sería la premisa mayor; los hechos o, más exactamente, la descripción de esos hechos, sería la premisa menor, y, por último, la decisión judicial sería la conclusión (...) Entonces, cabe preguntarse: ¿el proceso de la interpretación y la aplicación del Derecho es lógico o axiológico? O si se quiere, ¿racional o razonable?...³⁴.

Afortunadamente, el sistema actual de ponderación de los hechos opera de modo diferente, gracias a las doctrinas, entre otros, desde VIEHWEG, WIEACKER, ZAGREBELSKY hasta HABERMAS³⁵; y también en Venezuela, según aparece en el anterior artículo del profesor PETZOLD PERNÍA.

Por tanto, lo que diferencia a los tres enfoques entre sí es lo que se busca en cada uno: en la lógica-analítica se busca alcanzar una demostración análoga a la del ideal matemático, en la dialéctica se busca debatir de modo conforme a un procedimiento que garantice la racionalidad del resultado, y en la retórica se busca lograr la adhesión de la persona interlocutora a nuestra tesis. De este modo, a la lógica no le importan –en principio–, ni el contexto argumentativo ni que se logre la persuasión.

³⁴ PETZOLD PERNÍA, Hermann: «El problema de la subsunción o cómo se elabora una sentencia». En: *Revista Academia y Derecho*. N.º 2-2. Universidad Libre. Cúcuta, 2011, pp. 109 y ss., <http://www.unilibrecucuta.edu.co/ojs/index.php/derecho/article/view/36/33>.

³⁵ Vid. VIEHWEG, Theodor: *Tópica y filosofía del Derecho*. GEDISA. Barcelona, 1977; WIEACKER, Franz: *El principio general de la buena fe*. Civitas. Prólogo de L. Díez-PICAZO. Madrid, 1986; ZAGREBELSKY: ob. cit.; HABERMAS, Jürgen: *Facticidad y validez*. Editorial Trotta. Madrid, 2005.

A la dialéctica, por su parte, no le importan ni las formas lógicas de los argumentos, ni que se logre la persuasión. A la retórica le resultan indiferentes las formas lógicas de los argumentos y no forma parte de su preocupación teórica la creación de unas reglas éticas del debate. El punto más controvertido de esta división es el de la diferencia entre la dialéctica y la retórica. Según la división de VEGA REÑÓN, la dialéctica se caracteriza por que el acto comunicativo se ubica en una ética discursiva, mientras que en la retórica la comunicación persigue objetivos estratégicos. ATIENZA coincide con VEGA REÑÓN en que una importante distinción entre ambas perspectivas de la argumentación es que la dialéctica quiere alcanzar la verdad y se preocupa por la ética discursiva, mientras que la retórica se basa en una relación asimétrica en la que quien emite el discurso quiere lograr la persuasión del auditorio³⁶.

Así, se imponen en estos tiempos, las tesis abiertas para acotar al principio dispositivo, mediante la incorporación de valores-principios para obtener decisiones justas, según se explica de seguidas.

4. Ampliación del alcance del principio dispositivo. Una perspectiva de la actividad judicial desde la buena fe

La tradicional delimitación de los poderes de las partes se confronta con lo axiológico, porque, a través del principio dispositivo, los jueces «tendrán por norte de sus actos la verdad, que procurarán conocer en los límites de su oficio». Norte, verdad, conocimiento y límites son valores.

Razonablemente considerado, el principio dispositivo podría idealizarse como una vía de tren: a. Está determinado en sus lados por la trocha o ancho de los rieles, con un relativamente estrecho espacio de movilización, y b. uno enorme, que es la distancia hasta el lugar de destino. El ancho de la trocha se representa con la delimitación argumental de las partes en sus escritos de

³⁶ ARANGUREN S.: ob. cit., p. 147. Las obras citadas son de VEGA REÑÓN, Luis: *Si de argumentar se trata*. 2.^a, Editorial Montesinos. Barcelona, 2007; ATIENZA, Manuel: *Curso de argumentación*. Editorial Trotta. Madrid, 2006.

ataque y descargo, lo probatorio servido y lo generado por la actividad del juez, así como su análisis bajo las reglas de la sana crítica, siempre bajo la observancia general de las reglas del debido proceso.

En lo que respecta a la calificación de actos y los hechos jurídicos, la interpretación del juez tiene un horizonte ilimitado –en la imagen, el lugar de destino– que es el propio sitio donde principalmente opera la buena fe del *officium*, que, sin embargo, prosigue hasta el final muy circunscrito por los alegatos de las partes, salvo ante el orden público.

Desde antiguo fue dicho en Las Partidas, Título IV, Partida III a:

Ley XI. Cómo los jueces deben escudriñar por cuántas razones puedan, de saber la verdad de los pleitos que fueren comenzados ante ellos. Verdad es cosa que los jueces deben catar en los pleitos sobre todas las otras cosas del mundo. E por esto, cuando las partes contienden sobre algún pleito en juicio deben los jueces ser acuciosos en procurar de saber la verdad de él por cuantas maneras pudieren. Primeramente por conocimiento que hagan por sí mismos el demandante e el demandado en juicio, o por preguntas que los jueces hagan a las partes en razón de aquellas cosas sobre que es la contienda.

La disponibilidad de la acción, como derecho subjetivo-potestativo, comporta el problema de la indisponibilidad de facultades, una vez que el asunto ha dejado de ser simplemente una diferencia entre particulares y ha sido elevada la controversia a la consideración del Poder Judicial, para su tramitación por la vía procesal-pública.

... una vez que esa tutela ha sido reclamada los particulares no pueden ser quienes determinen la forma en que ella haya de desenvolverse. Vale decir, el Estado está interesado en el funcionamiento de la institución procesal, y por lo tanto, una vez requerida su intervención para que ordene la protección de los derechos subjetivos particulares, los titulares de éstos deben desentenderse de todo lo que sea manejo de los instrumentos de que

el Estado ha de servirse para lograr la protección. Lo protegido pertenece integralmente a los particulares, pero la protección debe ser organizada y vigilada por órganos estatales específicamente destinados a esa tarea³⁷.

Al moverse de la esfera de los conflictos meramente interpersonales a la esfera de la litigación judicial, las facultades de las partes cambian, surgiendo una aporía:

¿Es la verdad a inquirirse y declararse, únicamente la verdad que someten las partes al juez, imaginable, deducible o interpretable, mediante la sola demanda y su contestación, junto con las pruebas por ellas aportadas?

¿O es que el tribunal debiera procurar la comparación más exacta de los hechos servidos por las partes y los obtenidos libremente por su oficio judicial, con lo que es, o parece ser, la realidad?

Por un lado: si la verdad que procurarán los jueces obtener es la que surge desde los ojos de las partes, resultarán excedentarias las facultades concedidas por la ley al juez; así que el «servicio público» prestado por la «jurisdicción» estaría simplemente supeditado a las pulsiones, deseos o pretensiones que los contendientes exponen.

Hace más de medio siglo, la Comisión redactora del Proyecto de reforma del Código de Procedimiento Civil, en 1956, consideró:

En pos de la verdad, meta definitiva del juez, éste debe estar dotado de facultades especiales que le permitan actuar con cierta libertad y no estar siempre atado las estratagemas y deseos de las partes. El concepto de que éstas no son dueñas absolutas de su pleito debe ya ceder, pues no es cierto que así sea desde el momento en que ocurren al Estado para que le solucione su negocio. No puede pretenderse que lo hagan para que aquella entidad les sirva de órgano a sus caprichos o pasiones...³⁸.

³⁷ RODRÍGUEZ URRACA: ob. cit., p. 98.

³⁸ SANAVIA, Víctor: *Exposición de motivos y Proyecto de Código de Procedimiento Civil* (1956). Caja de Trabajo Penitenciario. Caracas, s.f.

Esa es la razón de la inclusión de iniciativas procesales en las postrimerías de las instancias, bajo la forma de autos para mejor proveer, según los artículos 514 y 520 del Código de Procedimiento Civil, siempre en obsequio de la justicia y la imparcialidad (artículo 23), lo cual tiene un evidente efecto de aportación, modificando los términos como se integra la *litis*; o sea, introduciendo cambios que pudiesen tener mucha importancia de frente al principio dispositivo.

La otra vertiente: si la verdad que procurarán los jueces develar es solamente la percibida por el tribunal, la iniciativa de las partes es entonces sobrancerá.

4.1. Origen histórico de la limitación del principio dispositivo

El problema se suscita, en buena parte, por el alcance que le ha sido dado al brocárdico *iudex iudicare debet secundum allegata et probata partibus*. Los autores lo glosan y repiten al pie de la letra, sin señalar el origen, posiblemente derivado de las cavilaciones del procesalismo en el Derecho intermedio, excluidas Las Partidas.

El *motto iudice* correctamente enunciado aparece formulado por los glosadores más relevantes de la Escuela de Bolonia del siglo XIII, especialmente AZÓN, ACCURSIO y DURANTI³⁹.

En la primera parte del refrán, en cuanto a la alegación de hechos por las partes y que tiene como fundamento la disponibilidad de la tutela judicial por los litigantes, no parece suscitarse problema, pues se trata del cúmulo alegatos más pruebas, lo que conforma el *thema litis*. La segunda parte del brocárdico indica que se debería juzgar solamente según las pruebas aportadas *partibus*; o sea, por las partes, lo que en estos tiempos y bajo el imperio del Código de Procedimiento Civil vigente, no es viable, porque el juez tiene iniciativa probatoria propia (artículos 514 y 520 del Código de Procedimiento Civil), la cual debe manejar con suma prudencia y porque hay probanzas que se pueden incorporar regularmente al proceso, fuera del lapso probatorio y hasta ajenamente a la actividad de los litigantes.

³⁹ PICÓ I JUNOY, Joan: *El juez y la prueba*. Bosch. Barcelona, 2007, p. 36.

El proemio de la señalada Partida III a, no contiene la alusión *partibus*, y además el Código Alfonsí resulta futurista en cuanto a las habilitaciones probatorias concedidas al juez. Es más, indagando en la trascendental obra de SCIALOJA acerca del proceso romano, analizando el ámbito del juez en el periodo «formulario», se encuentra con que no debe atender más que a su propia conciencia y que puede y debe inquirir además por su propia iniciativa⁴⁰. Y es que, en efecto, el aforismo ha sido trabucado durante siglos, como demuestra PICÓ I JUNOY:

DURANTI (1237-1296): *Sententia ferri debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam*; Raimundo DE PENYAFORT: *E contra videtur: dicit enim expresse Ambrosius, quod iudex non debet indicare secundum suam privatam conscientiam, quam aportavit de domo, sed secundum iura et allegata et probata coram ipso dum sedebat pro tribunali*; Bartolo DE SAXOFERRATO: *Iudex debet indicare secundum allegata et probata, non aute secundm conscientiam*; Alberico DE ROSATE: *Iudex non debet secundum conscientiam iudicare, sed secundum allegata et probata*; THOLOSANO: *Neque seccundum conscientiam, seu scientiam propriam estatuti; ser secundum allegata, et probata, et ut leget iubet*; FERMOSINI: *Nam secundum allegata, et probata Iudicem Iudicare oportet, non secundum scientiamm suam, dixit textus in l. Illicitas §veritas ff. De officio Praesidi*⁴¹.

Por ello, en el debate doctrinal debería dejar de utilizarse como argumento de autoridad para negar la citada iniciativa judicial el carácter histórico del brocardo *iudex iudicare secundum allegata et probata partium* –o similares–, ya que ello supone ignorar su auténtica formulación, pues la «latinización» de una idea no la convierte en un aforismo o brocardo. En definitiva, estamos ante un tópico que no por repetirse continuamente adquiere la validez histórica de que carece. Por ello, sería deseable que la doctrina no siga reiterando este error, error que se debe a la influencia

⁴⁰ SCIALOJA, Vittorio: *Procedimiento civil romano*. EJEA. Buenos Aires, 1954, p. 484.

⁴¹ PICÓ I JUNOY: ob. cit. (*El juez y la prueba*), p. 45.

de los grandes maestros del procesalismo alemán e italiano de finales del siglo XIX y principios del XX⁴².

«Conciencia», bajo los términos del aforismo, tiene pretensiones simples: Se aspira es que el juez falle sobre bases fácticas que consten en el proceso, acometiendo su labor con apego a reglas legales y a los principios generales de Derecho, en resguardo de la apariencia y la seguridad jurídicas. Se quiere que el juez no venga al juicio con una idea *quam aportavit de domo*, traída de su casa, evitando la intuitiva y emocional justicia del *Cadí*.

No puede depender el alcance de la ley del talante personal de sus aplicadores. La objetividad del Derecho, sin la cual no se cumpliría ninguno de sus fines, descansa necesariamente sobre la objetividad en la interpretación de la ley, y hacerla posible viene a ser uno de los primeros objetivos de la ciencia jurídica⁴³.

Bajo la consideración según la cual todos los contratos son de buena fe y que deben –procesalmente– interpretarse de buena fe en el sistema venezolano⁴⁴, la fijación del contenido del juicio solamente por voluntad de las partes, pudiera haber sido la directriz en los antiguos Códigos procesales; más no en el vigente ni en las tendencias doctrinales del momento.

Hasta aquí, ninguna contradicción ni redundancia; no obstante su origen convencional y su alcance restringido, y a pesar de su abstracción tradicional, las obligaciones son prerrogativas sociales, destinadas a realizarse socialmente equitativamente; tienen una finalidad contra la cual no pueden utilizarse. En el Derecho francés, y especialmente en el moderno, los contratos son de buena fe; deben prepararse, celebrarse, ejecutarse y terminar en una atmósfera saludable y no viciada; no pueden convertirse en instrumentos del

⁴² *Ibíd.*, pp. 162 y 163.

⁴³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: «La democracia y el lugar de la ley». En: *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*. N.º 140. Caracas, 2002, p. 73.

⁴⁴ DOMÍNICI, Aníbal: *Comentarios al Código Civil venezolano*. T. II. Editorial REA. Caracas, 1962, pp. 577 y 578.

fraude o de la injusticia; no son en sí mismos su propia finalidad, sino medios empleados para alcanzar un fin; alejarnos de este fin es cometer un abuso del derecho contractual⁴⁵.

Por virtud de criterios modernos, se considera que el proceso tiene una intensa función social, de manera que las potestades judiciales de inquisición y consiguiente aportación probatoria extra-parte, son crecientes e indiscutibles; aunque poco o tímidamente usadas, al menos en Venezuela. Lo que ocurre es que se confunden las facultades ampliadas del juez, con la iniciativa probatoria, que es una actividad potestativa, enmarcada dentro de parámetros de equidad y con el deber primordial de imparcialidad.

Finalmente, en la polémica sobre si el juez debe tener iniciativa probatoria deberían evitarse posturas radicales o maximalistas para buscar el punto de equilibrio que permita al proceso ser lo más eficaz posible sin sacrificar ninguna garantía constitucional de las partes. Ello se logra permitiendo al juez cierta iniciativa probatoria limitada a los hechos discutidos en el proceso, sobre la base de las fuentes probatorias que ya le consten en las actuaciones, y permitiendo a las partes la plena contradicción en la práctica de la prueba *ex officio iudicis*, pudiendo ampliar su inicial proposición de prueba...⁴⁶.

La facultad de aportación-incorporación de material probatorio por parte del juez—muy poco utilizada—, salvo en algunos casos laborales y en la jurisdicción de menores de edad, es de relevancia:

... La primera oportunidad tiene lugar una vez concluido el lapso probatorio, ya que es en este momento cuando el juez tiene más fresco en su mente el proceso cumplido por los litigantes en relación con las pruebas, en forma que ello le permite integrar el material probatorio con dichas diligencias o actuaciones, antes de que tenga lugar el acto de informes de las partes, momento en el cual éstas pueden formular sus observaciones

⁴⁵ JOSSERAND: ob. cit., p. 103.

⁴⁶ PICÓ I JUNOY: ob. cit. (*El juez y la prueba*), p. 163.

sobre las diligencias probatorias cumplidas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 401. Es de advertir que el artículo 401 contempla una actuación más, en relación a las contempladas en el artículo 514. Esta actuación probatoria adicional es la contemplada en el ordinal 3º del artículo 401, que permite ordenar la comparecencia de algún testigo que habiendo sido promovido por alguna de las partes no rindió oportunamente su declaración, o la de cualquier otro que sin haber sido promovido, apareciere mencionado en alguna prueba o en cualquier acto procesal de las partes (...) Una estructura semejante se sigue en el Capítulo II para el procedimiento en segunda instancia⁴⁷.

Es cierto que el juez debe comportarse inmovible frente a las partes en cuanto a sus respectivas posiciones y, además, respetando de manera irrefragable cada uno de sus respectivos derechos. Pero: ¿Deberá, sin embargo, comportarse el juez de esa misma manera «glacial» frente a la verdad que él, como funcionario del Estado tiene el deber de descubrir como un hecho de justicia, tanto con las pruebas emanadas de los litigantes como con las que recabó en uso de sus facultades o, más aún, con los hechos sobrevenidos que «descubra», por ejemplo, mediante la prueba de informes, evacuada en la fase probatoria?

Nuevamente, acudiendo a las bases del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica acotadas, se encuentra claridad en el texto de los siguientes dispositivos:

Artículo 182.- (Pruebas posteriores a la conclusión de causa). Concluido la audiencia y al retirarse el tribunal para considerar su decisión, no será admitida a las partes prueba alguna en la instancia.

El Tribunal, en forma excepcional y dejando expresa constancia de las razones por las cuales no dispuso con anterioridad su diligenciamiento, podrá disponer cualquier prueba que considere indispensable para mejor

⁴⁷ MÁRQUEZ AÑEZ, Leopoldo: *El nuevo Código de Procedimiento Civil, aspectos fundamentales del recurso de casación. Integración y comentarios de la Exposición de Motivos*. UCAB-Fundación Polar. Caracas, 1987, p. 218.

proveer. De su resolución no habrá recurso alguno. Pero si el tribunal de segunda instancia considera que mediante dicha prueba se ha alterado gravemente el principio de igualdad de las partes en el juicio, podrá disponer las medidas complementarias para asegurar el respeto de dicha igualdad y derecho de defensa en juicio.

Artículo 184.- (...) 4. La sentencia podrá hacer mérito de los hechos constitutivos, modificativos o extintivos, producidos durante la sustanciación del proceso y debidamente probados, aunque no hubiesen sido invocados oportunamente como hechos nuevos.

El análisis hecho como «una persona común», como propone DANZ para los contratos⁴⁸, seguramente estará cercano a lo cierto. La cuestión aparentemente y en últimas, quedaría, precisamente, en las manos del juez, lo que pudiese conducir a la arbitrariedad, que con tanto ahínco se combate:

La sentencia es espíritu objetivado en el más puro sentido hegeliano. En ella ha de quedar encarnado de modo definitivo el valor de lo justo. La sentencia en el plano objetivo, una vez pronunciada, puede considerarse como un producto espiritual, mediante el que se realiza en potencia en la vida social el valor de la justicia. La sentencia definitiva representa la última posibilidad de realización del Derecho, cuando ya han fracasado todas las demás formas de actuación⁴⁹.

5. El principio de valoración probatoria bajo el canon de la sana crítica

La reforma del Código de Procedimiento Civil de 1986 consagró, en el artículo 507, la modalidad del análisis probatorio bajo las reglas de la sana crítica, a salvo de los asuntos en los cuales se determine que hubiera para el caso un cierto régimen legal específico, poniéndose así a tono con la mayoría de las

⁴⁸ DANZ, Enrich: *La interpretación de los negocios jurídicos*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1955, pp. 96 y 97.

⁴⁹ BENÉYTES MERINO, Luis: «Deontología de la decisión judicial». En: *Ética del juez y garantías procesales*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2005, p. 352.

legislaciones latinoamericanas y aclarando, de una vez por todas, el canon para la valoración vigente en Venezuela; en el Código de Procedimiento Civil italiano, «valoración por parte del juez según su prudente “apreciación”»⁵⁰:

En cuanto a la apreciación de la prueba, se introduce una regla general: el juez debe apreciar las pruebas según las reglas de la sana crítica, a menos que exista una regla legal expresa de valoración del mérito de la prueba (artículo 507). Se señalan además algunas reglas de sana crítica en materia de apreciación de la prueba testimonial que deben guiar al juez en la mejor apreciación de esta prueba (artículo 508). Se expresa el deber del juez de analizar y juzgar todas cuantas pruebas hayan sido producidas (artículo 509) y finalmente se introducen reglas para la apreciación de los indicios, indicándose que el juez debe apreciarlos en su conjunto teniendo en consideración su gravedad, concordancia y convergencia entre sí, y en relación con las demás pruebas de autos (artículo 510)⁵¹.

Las reglas de la sana crítica constituyen un sistema ecléctico-moralizado para ponderar el material probatorio, mediante la articulación entre la ley, la lógica, el conocimiento práctico de las situaciones y de la propia naturaleza de las cosas, a lo cual se le agrega el principio general, bajo sus dos perspectivas: la sinceridad, como buena fe subjetiva-legitimadora y la resultante justiciero-normativa, propiamente buena fe en sentido objetivo:

Las reglas de la sana crítica son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano (...) El juez que debe decidir con arreglo a la sana crítica, no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente. Esta manera de actuar no sería sana crítica, sino libre convicción. La sana crítica es la unión de la lógica y de la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento⁵².

⁵⁰ RENGEL ROMBERG: ob. cit., t. III, p. 404.

⁵¹ MÁRQUEZ AÑEZ: ob. cit., p. 216.

⁵² COUTURE, Eduardo: *Fundamentos del Derecho Procesal*. 3.^a, Depalma. Buenos Aires, 1978, p. 270.

El calificativo «sana», incorpora lo axiológico bajo la perspectiva del elemento ponderativo-moralizador en este sistema de apreciación probatoria y una conceptualización típica de la buena fe en el oficio judicial:

Desde el punto de vista puramente semántico, las palabras que componen la expresión sana crítica, sumadas, indican un juicio o examen sincero y sin malicia de alguna cosa o cuestión. La crítica –examen o juicio– de una cuestión o cosa se califica de sana cuando está caracterizada por la sinceridad y la buena fe. En el lenguaje corriente, criterio sano, sanas costumbres, y otras expresiones semejantes, se utilizan para señalar un juicio o una conducta de alta calificación intelectual o moral (...) El juez en el ejercicio de sus funciones está colocado no solo bajo el imperio del Derecho. También está sujeto a reglas de la moral, así como a las sugerencias de las máximas de la experiencia y a los *standars* jurídicos, que pueden y deben influir en las determinaciones de su voluntad que no le permiten, en ningún momento, actuar arbitrariamente⁵³.

Se puede formular, según lo analizado previamente, una conclusión parcial: el principio dispositivo, tan conciso y árido desde la mirada positivo-formal-legalista, adquiere un matiz humano pero a la vez utilitario, al promover la inclusión de los valores dentro de los supuestos interiores de la regulación de las actividades de las partes y de su subsiguiente apreciación por el juez: queda, así, dotado de razonabilidad, agilidad y flexibilidad para impartir justicia.

5.1. *El juicio crítico y los valores*

En la fase instructiva del procedimiento, el efecto de buena fe se demuestra con la imparcialidad y la limpieza de los actos acatando instrucciones legales; se trata de una actividad básica de simple conducción. En la segunda, llamada la etapa del juicio crítico, es donde se desenvuelve lo valorativo-axiológico y en ella se despliega con amplitud la buena fe procesal.

⁵³ DE PINA VARA, Rafael: *Tratado de las pruebas civiles*. Editorial Porrúa. México D. F., 1975, pp. 68-71.

... el juicio crítico significa la verdad del juicio: el juicio que verdaderamente sirve para juzgar. Se descubre en esta fórmula la intuición de que el juicio acerca del pasado no interesa sino para preparar el juicio acerca del futuro: en sí mismo el juicio histórico, más que juicio consumado, es una tentativa de juzgar: el pasado no tiene valor más que para preparar el futuro...⁵⁴.

El intérprete musical o el actor en las artes escénicas, re-crean con su arte una idea que existía fijada en papel, como partitura o guion teatral, pero cuyo desarrollo nunca se llegó a prever de manera absoluta; no obstante las instrucciones impartidas por el autor. La fidelidad exigida para las artes interpretativas no es absoluta: nunca se logra. Se satisface con cierto nivel de respeto a las formas usuales de agrupar ideas artísticas en tiempo y espacio, llamadas «reglas de arte»; en ello, precisamente, consiste la estética, que tiene un parecido sorprendente con la función hermenéutica.

Interpretar. La palabra lleva consigo la idea de una mediación, es decir de una conjunción (...) Como el recitador o el concertista, tampoco el músico o el poeta merece el nombre de fuente de la música o de la poesía. El hombre, el más artista de los hombres, no crea nada. Su tarea y su mérito no es el de crear sino el de inventar. Todos los artistas no son más que trovadores. El engaño de los que conciben el arte como creación se asemeja a la ilusión del ignorante, que oyendo la melodía brotar desde el aparato radiofónico no sabe desde cuán lejos llega el sonido (...) ¿Qué tal? ¿El Código sería una especie de partitura?⁵⁵.

De forma semejante acontece con la actividad judicial de sentenciar: El juez-intérprete-hermeneuta, que no estuvo ante los hechos, recibe las imágenes

⁵⁴ CARNELUTTI, Francesco: *Arte del Derecho*. EJEA. Buenos Aires, 1956, p. 79.

⁵⁵ *Ibid.*, pp. 60 y 61. CARNELUTTI y BETTI fueron conocedores de música y consumados estudiosos de la estética musical. PETZOLD PERNÍA, Hermann: *Una introducción a la metodología del Derecho*. UCAB. Caracas, 2008, pp. 55 y 56; HERRERA ORELLANA, Alfonso: «Acerca de la literatura en la comprensión del Derecho». En: *Estudios en homenaje a Mariano Uzcátegui Urdaneta*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales-UCV-ULA. A. URDANETA ANGULO, comp. Caracas, 2011, pp. 223-256; CARBONNIER: *ob. cit.*, p. 91.

brindadas por medio de los alegatos de las partes y trata de explicar, imaginar y deducir la verdad que surge de las pruebas aportadas; esto gracias a la estructura profunda del lenguaje, que le permite ir más allá de las palabras y fijar hasta las intenciones.

En la oportunidad del juicio crítico, el juez debe tener independencia ideológica y funcional, para lo cual posee una serie de facultades:

- i. Posee poderes para acomodar el proceso erróneamente establecido por el legislador;
- ii. puede interpretar con libertad el Derecho para resolver las controversias que conoce;
- iii. tiene libertad para decidir con los hechos que considere probados sin estar sujeto a instrucciones o mandatos; incluso con iniciativas probatorias (artículos 514 y 520 procesales);
- iv. puede ejecutar sus decisiones como parte del ejercicio de su función jurisdiccional;
- v. posee potestades supremas frente a los otros poderes: por ejemplo, desaplica normas inconstitucionales; anula actos contrarios a Derecho de los otros poderes y ejecuta coercitivamente los actos judiciales ante los otros poderes⁵⁶.

El juez se permite darle sentido a lo fáctico y a lo simbólico que pueda haberse aportado al proceso, en la posterior traducción-síntesis-representación, en que consiste la motivación de la sentencia:

El Derecho se encuentra a mitad de camino, porque si bien es cierto que las diversas codificaciones corresponden a otras tantas gramáticas, su recíproca traducibilidad se actúa sin obstáculos verdaderos y propios (...) La lingüística ha hecho la experiencia dogmática en el siglo XVIII, la ha rechazado en el siglo XIX y trata de retornar a ella en el XX, pero el retorno puede ser fecundo solo si se abandona el título demasiado dogmático de «gramática general» o «gramática en sí» —condicionado por presupuestos filosóficos no aceptables por todos—, limitándose a justificarse como exigencia práctica, como instrumento de clasificación o medida de los hechos

⁵⁶ DUQUE CORREDOR, José Román: *Los poderes del juez y el control de la actividad judicial*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2008, p. 15.

lingüísticos: «esquema general de gramática». Los juristas que por razones extrañas a esta opinión siguen el desarrollo de la lingüística con cierto retraso, deben proponerse, por ello, el mismo problema. Y concluye: la «dogmática» no es el Derecho con todas las implicaciones filosóficas que esta identificación comporta; pero constituye un «esquema general de análisis» y «medida de los hechos y de las relaciones jurídicas», contra el que ninguna objeción preliminar puede ser hecha⁵⁷.

5.2. *¿Dónde se ubica la actividad interpretativa del juez?*

La hermenéutica judicial está ante una encrucijada: i. El juez que no presencié los hechos idealmente reconstruye u opina siempre sobre sucesos del pasado, ante los cuales –se repite– no estuvo presente, interpretando las diversas palabras que constituyen los alegatos de las partes, como las expresaron –de lo contrario se transformaría en «testigo»–; ii. que solamente se figura cómo sucedieron o cómo fueron, mediante las imágenes de segunda mano, que le aportan las alegaciones y las pruebas acreditadas en autos, pudiendo hacer uso de las facultades ampliadas para la búsqueda de la verdad, según los artículos 514 y 520 del Código de Procedimiento Civil y motivando su percepción personal –conocimiento privado– frente a las mismas; iii. el juez dentro de los límites de su oficio está influenciado políticamente en sus decisiones: está obligado a vivir en su tiempo, lo afecta el peso de la opinión pública o de la prensa y hasta las consecuencias –o amenazas– disciplinarias⁵⁸; iv. con la obligación de emitir siempre un parecer que dirima justicieramente la controversia de intereses:

Se enseña en las cátedras que la verdad escrita en la sentencia no es sino el hecho filtrado a través de la mente del juez. Pero en realidad las cosas son mucho más complicadas: antes de llegar el hecho a la mente del juez, tiene que pasar a través de la narración que de él haga cada litigante a su defensor, y después en la fase instructoria, a través de los olvidos o las reticencias de los testigos, y más tarde aún, en el debate final, a través de las

⁵⁷ BETTI, Emilio: *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1975, p. 93.

⁵⁸ TARELLO: ob. cit., p. 382.

no imparciales reconstrucciones de los defensores. Y, por último, llega al juzgador: no por un solo camino que corra a la luz del sol, sino por dos diversas y tortuosas rutas que en gran parte discurren por túneles, ya que tienen que atravesar los oscuros meandros el espíritu humano⁵⁹.

En realidad, a pesar de toda la técnica y con buena intención, es muy probable que el juez nunca sepa lo que realmente ocurrió. Por tanto, le es imposible dar una versión exacta de los hechos, los cuales tan solo son imaginados-reconstruidos en el fallo. La actividad hermenéutica a más de difícil es, lamentablemente, imprecisa.

En cuanto a la interpretación del texto legal para la posterior subsunción o encaje, como se ha dicho, la actividad es más simple:

La interpretación jurídica, entendida como interpretación lingüística, es decir, como actividad de reelaboración semántica del lenguaje normativo, pone de manifiesto sus rasgos fisonómicos de carácter legalista y formalista (...) Se considera, en consecuencia, que el intérprete está obligado a la máxima fidelidad posible, frente a la –hipotética– intención expresada por el legislador...⁶⁰.

Al encuentro entre la interpretación armónica de los hechos y los textos legales, el principio dispositivo como es entendido en estos tiempos conmina al juez a reelaborar todo el material servido por el proceso⁶¹, imaginando-recreando-traduciendo intenciones, procederes, resultados:

La sentencia es un acto de conciencia en sentido moral y las reglas técnicas, que se refieren a su construcción, tienen una dimensión ética en un doble sentido: en cuanto tienden a realizar un valor ético social como es la justicia y en cuanto que mediante su cuidada observancia se perfecciona

⁵⁹ CALAMANDREI, Piero: *Elogio de los jueces, escrito por un abogado*. EJEA. Buenos Aires, 2003, pp. 18 y 19.

⁶⁰ FROSINI, Vittorio: *Teoría de la interpretación jurídica*. Temis. Bogotá, 1999, pp. 7 y 8.

⁶¹ Lo aportado por las partes y lo generado por el propio curso del proceso.

profesional y humanamente el juez que la dicta (...) La manifestación de que la sentencia es justa de modo natural aparece en la fundamentación del juicio sobre el hecho y en la motivación del juicio sobre el Derecho. En uno y otro caso se requiere la aceptabilidad racional de su proceso argumental como condición esencial⁶².

En la precisa oportunidad de la motivación de la sentencia, el momento axiológico y calificativo, es cuando relucen los valores, que no son ni cosas, ni vivencias, ni esencias: simplemente son cualidades. Los valores emergen al ponderarse las actas procesales; justamente donde ellos «parasitan», pues los valores no tienen vida fuera de esos objetos⁶³; resultan ser atributos que reposan en un sostén, normalmente una cosa material, en este caso referido a los hechos servidos por las partes:

La sentencia no es más que el resultado dialéctico de esta sucesión de reacciones individuales, cada una de las cuales es en sí misteriosa e imprevisible. En la sentencia, no radica solo el misterio final de la conciencia del juez, sino también el concurso intermedio de toda una serie de conciencias individuales, cada una de las cuales es un azar, frente al que la previsión científica se detiene impotente⁶⁴.

La decisión judicial se transforma así en uno de los productos más refinados del pensamiento humano, al resolver acerca del destino de las personas y de sus patrimonios, disolviendo el caos: la más alta racionalidad substituye a la guerra primitiva.

Lo que exige la ética profesional respecto del acto procesal, que es la sentencia, es que esta constituya un *opus consummatum ac perfectum*, es decir, que tenga todas las cualidades, que puedan convertirla en arquetipo o modelo. Este punto de vista constituye, desde luego, una utopía,

⁶² BENÉYTEZ MERINO: ob. cit., pp. 359 y 360.

⁶³ FRONDIZI, Risieri: *¿Qué son los valores?* Fondo de Cultura Económica. México D. F., 1997, p. 15.

⁶⁴ CALAMANDREI: ob. cit., p. 19.

pero precisamente el valor de la utopía consiste en que es capaz de dirigir nuestra acción y de elevarla al más alto nivel de perfección, pues mientras avanzamos en dirección de la utopía, estamos transitando por el mejor camino para llenar nuestro cometido profesional⁶⁵.

Como si fuera poco, el tradicional aforismo *iura novit curia* no tiene valor práctico, si a este no se le agrega: *mores novit curia* –el juez conoce las costumbres–⁶⁶.

... el trabajo del intérprete se considera como una actividad de conversión, que va del lenguaje –en cuanto expresión del pensamiento– a la acción práctica; como actividad en la que se realiza la integración del conocimiento con la decisión –o voluntad– del juzgar; como operación en la que el intérprete queda inserto en el contexto de la práctica social, que es un horizonte mucho más amplio que el lingüístico, que se identifica con el conjunto normativo de la legislación...⁶⁷.

Bajo este criterio de conversión es que, en definitiva opera la instrucción impartida por la ley al juez y en lo que consiste el principio dispositivo, para que, en la etapa del juicio crítico y mediante su imaginación, represente, integre y articule todos los elementos servidos en proceso, a los cuales agregará el peso de los valores, en la no fácil tarea de la búsqueda de la verdad justiciera.

6. Reformulación del principio dispositivo

Resumidamente, bajo las perspectivas apuntadas en este trabajo, el principio dispositivo puede reformularse de la siguiente manera:

i. El juez, interpretando los contratos y los actos jurídicos en general, con arreglo al canon del artículo 4, coordinado con el 6 y, a su vez, con los 1160 y 1270, del Código Civil, deberá escudriñar la voluntad declarada

⁶⁵ BENÉYTEZ MERINO: ob. cit., p. 324.

⁶⁶ Vid. CALAMANDREI: ob. cit., p. 181.

⁶⁷ FROSINI: ob. cit., p. 9.

–y el espíritu– de las partes, colocadas como personas normales frente al asunto, asiéndose a la buena fe; ii. integrará en su juicio u opinión el aspecto literal servido por las partes, coordinando entre sí los actos jurídicos sana y desprejuiciadamente, inquiriendo como *bonus pater familias*-hombre razonable, aquella voluntad expresada por las partes y la del legislador; iii. el juez deberá hacer uso de las disposiciones análogas y los principios generales del Derecho; iv. pero, además, la actividad propia del juez es reenviada, imponiéndosele la pura e ideal búsqueda de la verdad, verificando el significado y alcance de las palabras de las partes. En lo axiológico: ateniéndose a la buena fe; v. en la decisión confrontará la totalidad del material probatorio, tanto el emanado de las partes como el que bien pudiese acopiar el propio juez conforme al curso del proceso, cifiéndose a la ley substancial que le prescribe, positivamente, auxiliarse con la buena fe, a menos que expresamente se lo faculte para actuar bajo reglas de equidad; vi. podrá el juez fundar su criterio en los conocimientos de hecho comprendidos en la experiencia común, o sea, en los acostumbrados usos sociales, los usos del tráfico, en los cuales, obviamente, se apoyará, como emanaciones que son de la buena fe que subyace en los estándar-tópicos-*topoi*-lugares comunes, de manera que, con la confianza generada por la motivación racional del fallo, se establezcan las expectativas del comportamiento social, aquietando o disipando al caos; vii. dentro de los límites de su oficio tiene iniciativas probatorias que debe y puede utilizar, las cuales pudieran influir poderosamente en la decisión, al tenor de los artículos 514 y 520 del Código de Procedimiento Civil; viii. sin duda, el juez –además– debería tener sólidos principios y amplia cultura general, no solamente jurídica.

Lo anteriormente discutido conduce a que: i. mediante la incorporación de principios generales del Derecho-valores en la actividad judicial, el fallo resulta racional y deviene en persuasivamente comprensible: aceptable, conforme a los cánones de la retórica y de los principios dialécticos; ii. el juez siempre tendrá una función re-creadora y en mucho lo puede hacer, merced al principio general de la buena fe procesal; iii. debe desecharse el manido criterio según el cual el juez, en el sentido procesal, está conminado a atenerse ciegamente a voluntad de los alegatos de las partes y «atado» al principio

dispositivo, porque, como bien dice CARNELUTTI, «no es un fantoche»⁶⁸; iv. el decurso del proceso mismo puede generar modificaciones substanciales a la forma como inicialmente quedó planteada la controversia, en aras de la verdad, considerada pura y simplemente, sin matices o atributos –ni procesales ni substanciales– y a la función constitucionalizada, instrumental-justiciera del proceso. Las innovaciones surgidas en el curso del juicio deben ser tenidas en cuenta al decidir, para estabilizar las expectativas del comportamiento social; v. las partes y el juez deben mantener un sentido de cooperación con lealtad, acercándose a la verdad para lograr justicia.

En el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, a la ponderación de los hechos se la dispone así:

Artículo 184.- (...) 4. La sentencia podrá hacer mérito de los hechos constitutivos, modificativos o extintivos, producidos durante la sustanciación del proceso y debidamente probados, aunque no hubiesen sido invocados oportunamente como hechos nuevos.

Artículo 34.- (...) 2. Pero si el tribunal de segunda instancia considera que mediante dicha prueba se ha alterado gravemente el principio de igualdad de las partes en el juicio, podrá disponer las medidas complementarias para asegurar el respeto de dicha igualdad y derecho de defensa en juicio...

Conclusiones

Partiendo, como se ha dicho, de la racionalidad, y bajo el entendimiento del Derecho como un sistema «logoide»⁶⁹, el juez deberá ponderar el *thema decidendum* que tiene en frente, bajo un canon de realidad, verismo o actualidad.

⁶⁸ CARNELUTTI: ob. cit. (*Arte del Derecho*), p. 63.

⁶⁹ «De ahí que en ese análisis, GARCIA BACCA nos dice que el Derecho no es lógico. Con eso no quiso decir el maestro que el Derecho era alógico ni ilógico, lo que él quiso decir es que el “Derecho es logoide”. Esto quiere decir que la lógica del Derecho es una lógica particular, singular, denominada por el maestro LUIS RECASENS SICHES como “la lógica de lo humano o la lógica de lo razonable”», vid. ZERPA, Levis I.: «La argumentación Jurídica». En: *Curso de capacitación sobre razonamiento judicial y argumentación jurídica*. TSJ. Caracas, 2002, p. 166.

Dicho de otra manera: «La ley es el presente; el hecho no puede ser más que pasado o futuro. La ley está fuera del tiempo; el hecho está dentro»⁷⁰. Además, la instrumentalidad del oficio judicial obliga al juez a dirigir un proceso ordenado, limpio y que muestre claridad para facilitar la emisión de un parecer razonable, ajustado al Derecho y, por tanto, aceptable socialmente:

La fundamentación se compone del hecho que se juzga y de los motivos de la decisión: «En los motivos de la decisión propiamente dichos, el tribunal hace un breve resumen de las consideraciones en que se basa la decisión tanto en sus aspectos de hecho como de Derecho». Aquí, junto a los «considerandos» jurídicos, se produce también la valoración de las pruebas. Las disposiciones relativas a procedimientos no norman, pues, ni las razones que deban considerarse admisibles, ni tampoco la marcha de la argumentación; pero aseguran ámbitos para discursos jurídicos, que solo en su resultado se convierten en objeto del procedimiento. Pues el resultado puede ser vuelto a examinar por las sucesivas instancias superiores⁷¹.

Por tanto:

- i. El juzgamiento se produce sobre una totalidad, abarcando lo detectado en el aspecto histórico –hechos y ritos procesales– y en el aspecto crítico, junto con toda la carga legal y valorativa que tiene aquel contexto.
- ii. La actividad integral de las partes, bajo los supuestos amplios del principio dispositivo, constituye el piso sobre el cual comenzará el juez a recrear en la imaginación, los fundamentos su sentencia.
- iii. El juez tiene facultades-poderes mediante los cuales depurar, enderezar y adecuar los hechos servidos en el proceso, agregando, prudente y equitativamente, material probatorio para obtener el sustrato racional-profesional apropiado, sobre el cual decidir.

⁷⁰ CARNELUTTI: ob. cit. (*Arte del Derecho*), p. 54.

⁷¹ HABERMAS: ob. cit., pp. 308 y 309, la cita es de P. ARENS: *Proceso civil*. 1988, p. 219.

iv. A partir de la totalidad del material producido y constante en los autos, debe sentenciarse con un sentido de orden; el sentido del orden es el sentido de lo bueno, del buen sentido, por conveniente y porque permite justificar, hacer razonables y respetables a los fallos.

v. Que la siempre necesaria operación histórica o material y la base emocional o axiológica implícita en el objeto del juicio debe conducir a un proceso unitario, a fin de evitar la discrecionalidad o arbitrariedad, porque «la apreciación interpretativa permanece siempre vinculada y subordinada a la coherencia lógica, que se demuestra inmanente al orden jurídico considerado en su orgánica totalidad»⁷².

vi. Se debe tener en cuenta que los resultados de la actividad del juez conducen solamente a verdades probables, convincentes, plausibles y razonables, pero no absolutas, consecuencia de las pruebas y argumentos que queden fijados en la motivación y dispositiva del fallo.

vii. La buena fe debe tenerse en cuenta también desde la perspectiva puramente personal del juez frente a las partes y frente al objeto litigioso. Esto se garantiza con la operación de las causales de inhibición-recusación, de manera que haya una importante certeza de que el juez se coloque imparcialmente frente al *thema decidendum*, lo cual asegura falta de prevención o designio respecto a alguna de las partes y se pronostique, con mucha seguridad, que la decisión será justa; o sea: con buena dosis de equidad y en un ambiente personalmente determinado como de buena fe-subjetiva-legitimadora ante a los contendientes.

viii. La buena fe es el telón de fondo o ambiente⁷³, dentro del cual se desarrolla también la actividad del juez para el manejo del material substancial sobre el cual gravita la decisión; es decir, que se agrega la buena fe-objetivo-normativa, permitiendo la emisión del fallo con cabalidad de desempeño

⁷² BETTI: ob. cit., p. 113.

⁷³ DíEZ-PICAZO, Luis: *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial*. Tecnos. Madrid, 1972, p. 46.

técnico-profesional y templanza frente a los problemas procesales que le han sido servidos.

ix. La regularidad que puede brindar la doctrina judicial en general y en especial la de casación, *ex* artículo 321 del Código de Procedimiento Civil, constituye uno de los paradigmas bajo los cuales obra la buena fe, porque produce legítima confianza: seguridad. El *stare decisis*, acogido con moderación y respeto crítico, se puede considerar para el juez, como un equivalente al estándar de los usos del tráfico del Derecho substancial. Además, la jurisprudencia es ella misma una costumbre, como señala CARBONNIER⁷⁴. La mutabilidad de los fallos por efecto del tiempo, ejercitando la autonomía judicial, con criterios interpretativos bien fundamentados o generados por las reformas de la ley, no contradicen al principio de la recepción de las doctrinas; de lo que se trata es de evitar fallos-sorpresa, las decisiones con nombre, pagadas; en fin, el desconcierto que genera no saber a qué atenerse, que implica falta de buena fe.

x. El juez es un hombre de su tiempo, por lo cual la notoriedad de los eventos que debe tener en cuenta el proceso es otro parámetro esencial en el desempeño de su función, pues no se puede apartar de los hechos notorios que percibe, dispensados de prueba (artículo 506) y de alegación: el conocimiento privado del juez (artículo 12) obliga a tenerlos en cuenta.

La única manera de hacer coincidir estos propósitos es mediante la incorporación de los valores, concretamente, la buena fe, en el ánimo o *ethos* de cada decisión.

Bajo los puntos de vista anteriores, configuradores del arte judicial, se puede concluir que el principio general de la buena fe –afortunadamente positivado en nuestro Derecho Procesal– penetra de manera activa y eficaz, operando en el oficio judicial, a pesar y aún bajo el canon del principio dispositivo, que resulta considerablemente ampliado y puesto en sintonía con los criterios de interpretación de esta época.

⁷⁴ CARBONNIER: *ob. cit.*, p. 110.

La buena fe se hace sentir y es relevante para las zonas grises en los casos difíciles, imprecisos, complejos u oscuros; pero también para los obvios o evidentes, porque la primacía de la regla constitucional manda a aplicar las reglas del debido proceso, sin distinguir que el caso sea claro o no.

EHRlich dio otro paso más. El Derecho no nace de fuente formal alguna, sino que se encuentra en la vida, es el Derecho vivo, que, después, se formula. La «observación –enuncia– es el punto de partida de la sociología del Derecho». En esto no difiere de COMTE ni de DURKHEIM. Pero, advierte: «Entre ciencia y arte no hay antítesis». Toda verdadera ciencia es también una obra de arte, y quien no es un artista es un pobre hombre de ciencia. Una obra científica requiere para ser producida, los mismos requisitos de una obra de arte: sensibilidad espiritual, imaginación y capacidad para dar forma a las propias intuiciones (...) Todo investigador «debe crearse su propio método», como todo artista original debe crearse una técnica propia⁷⁵.

* * *

Resumen: El autor analiza los valores que sirven de soporte al principio dispositivo en el proceso civil. En tal sentido, explica el principio de buena fe procesal, su relación con la actividad del juez, el alcance del principio dispositivo, señalando una necesaria reformulación del referido principio general del proceso.

Palabras clave: valores, principio dispositivo, buena fe procesal.

Recibido: 11-07-19. Aprobado: 02-10-19.

⁷⁵ VALLET DE GOYTISOLO, Juan B.: «El positivismo científico de Augusto Comte y lo utilizado de él por la ciencia del Derecho en el siglo XX». En: *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*. N.º 83. Madrid, 2006, pp. 361 y ss., la cita es de EHRlich, Eugen: *Fondamenti delta sociologia del diritto*. Guiffre. Milán, 1976, pp. 570 y ss.