

EL ROL DE JUECES Y ABOGADOS EN LA EFECTIVA Y EFICIENTE TUTELA DE LOS DERECHOS SUSTANCIALES

ANGEL LANDONI SOSA
RAFAEL BIURRUN

Universidad de la República (Montevideo, Uruguay)

1. SOCIEDAD, DERECHO Y PROCESO

1.1. La función del derecho para la certeza y seguridad de la vida social

El hombre, en todos los tiempos, no sólo ha experimentado la sensación de inseguridad frente a los fenómenos incontrolables de la naturaleza, sino que, también se ha planteado análogos problemas respecto de la conducta de los demás hombres.

En tal sentido, sentía y siente la urgencia de saber a qué atenerse en relación a los demás; de saber cómo se comportarán ellos con él y qué es lo que él debe y puede hacer frente a ellos; y precisa no sólo saber a qué atenerse sobre lo que debe hacer o no hacer, sino también tener la seguridad que ello ocurrirá necesariamente; esto es, precisa de certeza sobre las relaciones sociales, pero además la seguridad de que la regla se cumplirá en forma inexorable, ya que está garantizada por el propio Estado.

Como lo ha señalado Recasens Siches, el Derecho es seguridad en aquello que a la sociedad de una época le importa fundamentalmente garantizar, por estimarlo ineludible para sus fines. De ahí que el contenido del Derecho varíe según los pueblos y los tiempos en el proceso de la historia. Pero en todo momento, sea cual sea el contenido, el Derecho representa una función de seguridad, de orden cierto y eficaz.

La seguridad es un valor fundamental de lo jurídico, pero no es ni el único ni el supremo, pues a través del Derecho deben plasmarse una serie de valores de rango superior, entre otros: justicia, libertad, dignidad de la persona humana, paz social, etc.

1.2. La función del derecho de regular y coordinar los intereses en el medio social y de resolver los conflictos.

Para resolver los conflictos que se plantean en el medio social podemos decir que hay dos grandes líneas de solución: una, basada en la fuerza, triunfo del más poderoso por sus armas, por su inteligencia o por su astucia; otra, basada en la razón, mediante el establecimiento de un sistema normativo aceptado como obligatorio por los contendientes.

Adoptar el sistema jurídico significa inclinarse por la segunda opción, es decir, por una regulación objetiva y preestablecida de las conductas que se imponga por igual a las partes y que evite que sea la fuerza la que decida los conflictos.

Para regular dichas conductas el derecho positivo procede de la siguiente forma:

1.2.1. *distingue intereses*. Entre aquellos que tutela, de aquellos otros que no merecen protección (por ejemplo: distinción entre obligaciones civiles, que dan derecho para exigir su cumplimiento; y naturales, que no confieren tal acción, como ocurre con las deudas de juego (C. Civil¹, arts. 1441 y 1442 N° 5).

1.2.2. *establece prioridades*. Dentro de los intereses tutelados establece prioridades entre ellos, como ocurre en la graduación de acreedores, donde el legislador no reconoce otras causas de preferencia que la prenda, la hipoteca y los privilegios de los créditos personales que establece (C. Civil, art. 2372).

1.2.3. *determina los límites de reconocimiento y protección*. Determina los límites dentro de los cuales esos intereses deben ser reconocidos y protegidos. Así, establece términos de caducidad para algunas acciones de estado civil, como el desconocimiento de la paternidad legítima (C. Civil art. 220), de prescripción, como ocurre respecto de las acciones reales o personales (C. Civil arts. 1215 y sgts.) o precisa que el éxito de un recurso de revisión, no perjudicará a los terceros adquirentes de buena fe (C.G.P.², arts. 290 y 375.4).

1.2.4. *consagra el principio de libertad*. En virtud del cual si la norma no juzga una conducta, debe considerarse que ella es jurídicamente admisible.

La libertad jurídica -afirmaba Couture- se expresa en el precepto de que toda persona está facultada para optar entre la ejecución y la omisión de lo que, estando jurídicamente permitido, no está jurídicamente ordenado.

Lo no prohibido legalmente es lo jurídicamente permitido y eso es lo que consagra la Constitución uruguaya en su art. 10 inc. 2: "Ningún habitante de la República será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe."

1.2.5. *establece una serie de órganos*. Para: a) dictar las normas de carácter general (función legislativa); b) desenvolver y ejecutar dichas normas (función reglamentaria y ejecutiva); c) dictar normas individuales, sentencias y resoluciones en las que se apliquen las normas generales.

1.3. Derecho y conflicto

La mera existencia de un ordenamiento jurídico que regule los intereses de las personas y determine las conductas ordenadas y las prohibidas, no es, por sí solo, suficiente para evitar o eliminar los conflictos que pueden plantearse en el medio social

Esos conflictos se caracterizan por ser situaciones en que una persona pretendiendo para sí un determinado bien no puede obtenerlo, ya sea porque su contraparte se resiste a satisfacerla o porque aún queriendo voluntariamente hacerlo no puede, ya sea porque materialmente no le es posible (no tiene dinero para pagar el crédito de su acreedor) o porque legalmente dicha conducta no es admisible (caso de los denominados procesos constitutorios necesarios, por ejemplo, proceso penal o aquellos en que esté involucrado el estado civil de las personas.

¹ Código Civil de la República Oriental del Uruguay de 1868, con redacción actualizada por Ley 16.603, de 11-10-94.

² Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay, de 18-10-88, en aplicación en todo el país desde el 20-11-89.

1.4. Derecho y proceso

El ordenamiento jurídico se cumple normalmente sin necesidad de recurrir al proceso. Se denomina realización espontánea del derecho a la conducta cumplida dentro de lo jurídicamente permitido, sea impuesto o no impuesto; y realización coactiva a la conducta lograda por medio del proceso, ya sea el jurisdiccional oficial o el arbitral.

Como lo señalara Gelsi³, el proceso judicial es la "última 'ratio' culturalmente adecuada" que trata de encarnar uno de los valores fundamentales de la convivencia social la justicia, y sobreponiendo la humana, limitada razón al modo violento, o, en todo caso unilateral de soluciones, procurando la colaboración de los enfrentados para buscar -bajo la dirección del Juez- la solución adecuada o remitirse, en su caso a la que disponga el Magistrado.

1.5. Las denominadas vías alternativas de solución de los conflictos⁴

Asistimos hoy a la revalorización de estos instrumentos de solución de los conflictos (conciliación, mediación, negociación, arbitraje) que procuran lograr lo que Mauro Cappelletti denominaba como justicia "coexistencial", es decir, no aquella en la que existen vencedores y vencidos, sino la que busca armonizar las posiciones encontradas de las partes, de forma tal que no se altere el delicado entramado social y ello permita la convivencia pacífica.

La Suprema Corte de Justicia Uruguaya ha dictado recientemente una Acordada, la número 7276 de fecha 14 de febrero de 1996, por la cual resuelve crear -como experiencia piloto- cinco Centros de Mediación.

¿Cuáles han sido los objetivos perseguidos con este emprendimiento?

Explícitamente se ha señalado por la Suprema Corte de Justicia el "facilitar a los justiciables un medio opcional para la autocomposición de sus conflictos". Implícitamente, pese a que la Suprema Corte no lo ha manifestado, es lógico presumir que al mismo tiempo se persigue una doble finalidad: en primer término, lograr que los propios interesados encuentren una solución más adecuada para el problema que los separa, que ponga fin a su conflicto y por ende, que sea en definitiva una solución intrínsecamente más justa que la que podría proporcionar el órgano jurisdiccional. En segundo lugar, lograr que una cantidad considerable de asuntos sean resueltos en forma correcta, sin tener que acudir a los estrados judiciales, evitando en esta forma su abarrotamiento y por consiguiente reservando el proceso jurisdiccional sólo para aquellos casos que no tienen otra vía de solución.

³ GELSI BIDART, Adolfo. "Acceso a la Justicia o al Poder Judicial", en "VIII Jornadas Nacionales de Derecho Procesal. La Paloma. Rocha. Uruguay. 19 al 22 de abril de 1995", Ed. Universidad, pág. 347-352.

⁴ GOZAINI, Osvaldo "Formas alternativas para la resolución de los conflictos", ed. Depalma, 1995, Buenos Aires.

2. HACIA LA EFECTIVA Y EFICIENTE TUTELA DE LOS DERECHOS SUSTANCIALES

2.1. *Ubicación contemporánea del problema*

Señalaba Mauro Cappelletti en el discurso con el cual clausuraba el VIII Congreso Internacional de Derecho Procesal celebrado en Utrecht, Holanda, en agosto de 1987⁵, que las principales tendencias en el pensamiento procesal contemporáneo giran alrededor de estas tres ideas:

- a) el acceso efectivo a la justicia;
- b) una justicia eficaz y eficiente y al mismo tiempo de rostro más humano; y
- c) el fenómeno de la transnacionalización o globalización de la sociedad con su natural influencia sobre el mundo del Derecho.

2.2. *La respuesta a los desafíos de nuestro tiempo*

A la Justicia de nuestra época le reclamamos de esencia que sea independiente e imparcial; pretendemos, asimismo, que ella ampare en su protección a todas las personas, en especial a los más necesitados.

Pero, no nos conformamos con alcanzar lo anterior, sino que, además, le exigimos que sus decisiones se adopten dentro de términos razonables, que sea efectiva, eficiente y de elevada calidad.

Para encarar dichos desafíos, consideramos que un eficiente sistema judicial debe reposar sobre las siguientes bases fundamentales:

- suficiente infraestructura
- moderna ley procesal
- buenos jueces
- adecuado asesoramiento jurídico

2.3. *Las bases fundamentales de un eficiente sistema judicial*

Comenzaremos por la infraestructura y por la ley procesal, y dejaremos a propósito para el final el análisis de los sujetos técnicos, no por tener menor importancia, sino por el contrario, en razón de ser el sustento del sistema y la materia de esta ponencia.

2.3.1. *Suficiente infraestructura.* El Uruguay, a partir de la reinstalación de la democracia, ha realizado un esfuerzo muy importante para dotar al Poder Judicial de los elementos humanos y materiales imprescindibles para realizar de manera correcta su trascendente actividad.

En tal sentido, podemos indicar que en 1989, como consecuencia de la entrada en vigencia del Código General del Proceso, se designó a un importante número de nuevos jueces, lo que facilitó la puesta en marcha del nuevo sistema y colocó a nuestro país -con un juez cada 8.000 habitantes- entre los primeros del mundo.

En forma paralela, se acondicionaron las sedes judiciales y a muchas de ellas se les ha ido proveyendo del correspondiente soporte informático para mejorar su gestión.

Se ha creado en Montevideo una Oficina Distribuidora por computadora de los nuevos asuntos, lo que no sólo ha evitado, en gran medida, los problemas que antes

⁵ CAPPELLETTI, Mauro "Algunas reflexiones sobre el rol de los estudios procesales en la actualidad", separata de la Revista Jurídica "Jus" N° 39.

se planteaban sobre la competencia del Tribunal. sino que, además, ha permitido una asignación más equitativa de los expedientes entre los diversos tribunales.

Aún resta mucho por hacer, ya que carencias y deficiencias persisten, pero ello no nos impide destacar el progreso que nuestra Justicia ha tenido a partir de la vigencia del Código General del Proceso.

2.3.2. *Moderna ley procesal.* En el campo procesal, podemos distinguir, claramente en el Uruguay, dos universos: uno, regido por el Código General del Proceso, que se aplica, en principio, a todas las materias (civil, comercial, de familia, laboral, tributaria, administrativa, con exclusión del contencioso de anulación) y otro, en el cual la normativa es la del Código del Proceso Penal.

El primero, estructura un proceso por audiencias en que rigen los principios de intermediación y concentración; en el segundo tenemos un proceso escrito en el que tales principios no existen.

Para captar, en pocas palabras, las diferencias nos bastaría con señalar que el Código General del Proceso es un cuerpo normativo moderno y adecuado para el siglo XX, y el del proceso penal es una antigua ley decimonónica.

Corresponde realizar la precisión de que este estudio está dirigido fundamentalmente al análisis de las disposiciones del Código General del Proceso.

2.3.2.1. Los aspectos fundamentales del Código General del Proceso

2.3.2.1.1. Los principios rectores. Couture indicaba en 1939⁶ que: "...si hubiera necesidad de explicarle a un individuo que quisiera saber cómo es el proceso civil dentro de los países de cultura hispánica, tendríamos que darle una noción apoyada en estos cinco principios fundamentales: a) el principio de bilateralidad del proceso; b) el principio dispositivo; c) el principio de impulso a cargo de la parte; d) el principio de racionalidad de la prueba y e) el principio del proceso escrito. "

Han transcurrido más de 50 años de las afirmaciones del Maestro, y nos preguntamos si hoy tendríamos que ratificarlas o rectificarlas a la luz del nuevo Código General del Proceso; a continuación, lo veremos:

- A. *el principio de bilateralidad* o de igualdad de las partes en el proceso, se mantiene incólume, como resulta del art. 4° del Código General del Proceso (texto idéntico en el art. 4° del Código Modelo).
- B. *el principio dispositivo*, tiene en rigor un doble contenido: por un lado, el proceso civil no funciona si no es a iniciativa de las partes interesadas, quienes tienen la carga de iniciar, de comparecer, de contestar, de probar, de alegar, de recurrir, etc., y que además pueden disponer de sus derechos en el proceso terminándolo en forma uni o bilateral, salvo que se trate de derechos indisponibles; y por otro, las limitaciones que tiene el Tribunal en cuanto al material de conocimiento, pues el Juez no conoce más hechos que los que le suministran las propias partes.

Este principio en el nuevo Código uruguayo, al igual que en el Proyecto de Código Modelo, si bien en líneas generales mantiene su vigencia, ha sufrido importantes atenuaciones, a saber:

Se ha reconocido que existen determinado tipo de asuntos que exigen que el Juez pueda iniciar de oficio el proceso, como ocurre en aquellos en que está en juego

⁶ COUTURE, Eduardo J. "Trayectoria y destino del Derecho Procesal Civil Hispanoamericano", Cursillo dictado en la Universidad de Córdoba en la primavera de 1939. Transcrito en "Estudios de Derecho Procesal Civil". Depalma, Buenos Aires, 1978, Tomo I, pág. 289-342.

el interés público, por ejemplo, en el caso de protección a menores o incapaces, etc. (C.G.P. Art. 350.4 y 350.5, C. Modelo Art. 1).

Se le otorgan asimismo al Juez las facultades necesarias para la averiguación de la verdad. Así, se faculta al Tribunal (art. 24 Código General del Proceso, con idéntica redacción en el art. 33 del Modelo):

- Nº 4º. para ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos respetando el derecho de defensa de las partes.
- Nº 5º para disponer en cualquier momento la presencia de los testigos, de los peritos y de las partes, para requerirles las explicaciones que estime necesarias al objeto el pleito.

Y al regular la carga de la prueba (CGP art. 139, art. 125 del Código Modelo), se establece: "Corresponde probar, a quien pretende algo, los hechos constitutivos de su pretensión; quien contradiga la pretensión de su adversario tendrá la carga de probar los hechos modificativos, impeditivos o extintivos de aquella pretensión. La distribución de la carga de la prueba no obstará a la iniciativa probatoria del Tribunal ni a su apreciación, conforme con las reglas de la sana crítica, de las omisiones o deficiencias en la producción de la prueba."

Como se puede apreciar, ya el Juez no va a estar limitado al material probatorio aportado por las partes, sino que será él mismo quien saldrá a la búsqueda de la verdad material.

C. *el impulso del proceso*. Las legislaciones americanas, de cuño español, establecían como principio general el impulso procesal a cargo de las partes, el que se mantiene aún vigente en varios códigos latinoamericanos.

Tanto el nuevo Código uruguayo como el Proyecto del Código Modelo -siguiendo en este punto a los Códigos más modernos- invierten el principio y establecen en su art. 3º el impulso de oficio: "Promovido el proceso, el Tribunal tomará de oficio todas las medidas tendientes a evitar su paralización y adelantar su trámite con la mayor celeridad posible" y complementariamente se establece en el art. 92 (Código Modelo Art. 88) que: "Salvo disposición en contrario, los plazos señalados a las partes para realizar los actos procesales, son perentorios e improrrogables".

D. *el principio de racionalidad de la prueba*. Este principio se ha reafirmado en el nuevo Código que en su art. 140 (art. 130 del Modelo) establece: "Las pruebas se apreciarán tomando en cuenta cada una de las producidas y en su conjunto, racionalmente, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, salvo texto legal que expresamente disponga una regla de apreciación diversa. El Tribunal indicará, concretamente, cuáles medios de prueba fundan principalmente su decisión".

E. *el principio del proceso por audiencias*. En la elección entre la oralidad y la escritura los procesos de raigambre española se inclinaban y se siguen inclinándose por la escritura.

El nuevo Código y el Proyecto de Código Modelo, han reunido en sabio equilibrio lo mejor de ambos sistemas, posibilitando la realización práctica de los principios de inmediación y concentración y logrando como consecuencia la aceleración de los procesos.

El proceso por audiencias o si se prefiere, la inserción de la oralidad en el proceso, facilita la inmediación del Juez tanto con las partes como con las pruebas, así como de las partes entre sí.

En este aspecto, el método oral no sólo se presenta como más rápido y concentrado, sino que además, y fundamentalmente, se nos aparece como más fiel en la búsqueda de la verdad de los hechos que deberán ser juzgados en el proceso.

2.3.2.1.2 *La audiencia Preliminar y sus objetivos.* Esta es una de las piedras angulares del nuevo Código, así como del Código Modelo: de su éxito o de su fracaso dependerá la suerte de aquél.

Los objetivos de la audiencia preliminar son:

- A. *Tentar la conciliación.* Estimamos que han estado muy bien los autores del Código uruguayo y del Modelo al revitalizarla como solución alternativa- ya que ella, bien utilizada, cumple con estas dos importantes funciones, como ha sido señalado por la doctrina procesal: a) desdramatizar las situaciones conflictivas y b) descongestionar a los órganos judiciales de un número importante de juicios.

Como se ha puesto de relieve por Vescovi y Rucó⁷: "En la gran mayoría de los juicios regidos por el nuevo sistema se ha obtenido un importante promedio (alrededor de un 50%) de conciliaciones, en su mayoría totales. Otras veces parciales, reduciendo el objeto del proceso. Es decir, que el instituto de la mediación y el resultado de la conciliación, con la consagración del valor paz en el proceso, está funcionando satisfactoriamente en el nuevo sistema.

A los datos antes referidos, corresponde añadir que existen en el Uruguay casos de excepción, tanto en materia civil como en materia laboral, en que los porcentajes de conciliaciones logradas alcanzan cifras inusitadamente altas, próximas al 80%.

- B. *Sanear el proceso.* La función de saneamiento significa la solución de todas aquellas cuestiones que puedan distraer la atención de la materia referente al mérito de la causa, como ser, a vía de ejemplo: las relativas a problemas de competencia, falta de capacidad, ausencia notoria o inexistencia clara de legitimación, cuestiones relativas a la conexidad, litispendencia, cosa juzgada, integración de la litis, prevención de nulidades por vicio en el emplazamiento, etc.
- C. *Fijación definitiva del objeto del proceso y de la prueba.* La Audiencia Preliminar permite, sin duda, simplificar y, en definitiva, abreviar el proceso, mediante el sencillo expediente de centrar el tema de discusión y, por ende, evitar inútiles esfuerzos dirigidos a probar circunstancias que, o bien, no interesan para la dilucidación del proceso, o bien, ya fueron admitidas o han sido suficientemente probadas, razón por la cual resulta inútil su reiteración.

2.3.2.1.3. *La reducción de los tipos procesales.* Los autores del Código uruguayo y del Código Modelo han tratado de simplificar también en este aspecto, reduciendo los tipos procesales al mínimo compatible con las especialidades de los respectivos objetos.

Dentro de los procesos de conocimiento, el Código uruguayo y el Código Modelo, distinguen sólo tres tipos, a saber:

- A. *el ordinario.* Que requiere conciliación previa, demanda y contestación escritas, y la recepción de la prueba y las alegaciones posteriores se desarrollan en dos audiencias (la Preliminar, art. 340 y 341 CGP y 300 y 301 del Modelo, y la Complementaria, art. 343 CGP y art. 303 del Modelo).
- B. *el extraordinario.* Que no requiere la conciliación previa (art. 294 N° 4 CGP y art. 264 N° 1 del Modelo), y cuyo trámite se desarrolla en una sola audiencia (art. 346 N° 1 del CGP y art. 306 N° 1 del Modelo).

⁷ VESCOVI, Enrique y RUCÓ, Ma. del Carmen. "Los primeros resultados de la Justicia en el Uruguay. Un balance a los dieciocho meses de la entrada en vigencia del Código General del Proceso", Editorial Idea, Montevideo, 1991.

C. *el de estructura monitoria*. Del que nos ocuparemos más adelante.

Se han simplificado los procesos de ejecución y con respecto a los procesos voluntarios -excluido el sucesorio- se ha previsto un procedimiento tipo que lo simplifica con la consiguiente abreviación de su tramitación.

2.3.2.1.4. *El proceso monitorio*. Es otra de las piezas fundamentales tanto en el Código uruguayo como en el Código Modelo, y sus autores tratan de trasladar al ámbito latinoamericano la buena experiencia que sobre el mismo existe en el Uruguay.

En efecto, nuestro país conoció el proceso de estructura monitoria desde 1878 -fecha en que entró en vigencia el Código de Procedimiento Civil- para los juicios de entrega de la cosa (cierta y determinada) y el de entrega efectiva de la herencia (aplicable al caso en que un tercero obste a que el declarado heredero entre en posesión de los bienes sucesorios.).

Posteriormente, dicho procedimiento se extendió al juicio de desalojo (ley 8.153 de 1927), al juicio ejecutivo (ley 13.355 de 1965), y ahora el mismo Código -así como el Modelo (art. 311) no sólo mantiene las soluciones ya existentes, sino que extiende el proceso monitorio a otras hipótesis, a saber: *Resolución de un contrato en cumplimiento del pacto comisorio convenido (C. uruguayo art. 366 y C. Modelo art. 311 N° 5); *Escrituración forzada basada en el cumplimiento de la respectiva obligación establecida en promesa de enajenación de inmuebles, inscrita en el Registro (C. uruguayo art. 368 y C. Modelo art. 311 N° 5); *Resolución de contrato de promesa por falta de pago del precio (Cód. uruguayo art. 368 y Cód. Modelo 311 N° 5); *Cese de condominio de origen contractual mediante la venta de la cosa común en remate público (C. uruguayo art. 370).

La experiencia uruguaya, repito, ha sido muy buena y aproximadamente en un 80% de los juicios que se tramitan por el procedimiento monitorio, no se oponen excepciones. Ello importa un significativo ahorro de energías, ya que el proceso se inicia con un escrito y puede terminar con la primera providencia. En efecto, si en el plazo para oponer excepciones éstas no se hicieren valer, la providencia inicial adquiere las características de una sentencia definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada.

2.3.3. *Necesidad de contar con buenos jueces*.

2.3.3.1. *La selección de los jueces al ingreso*. En el derecho uruguayo, los jueces de paz y los letrados son nombrados por la Suprema Corte de Justicia, quien también designa a los Ministros de los Tribunales de Apelaciones, pero para ello se requiere la aprobación de la Cámara de Senadores (Const. Art. 239 N° 4,5 y 6).

Los integrantes de la Suprema Corte de Justicia, a su vez, son designados por la Asamblea General (suma de la Cámara de Senadores y la de Diputados) por dos tercios de votos del total de sus componentes (Const. 236). La referida norma prevé asimismo que la designación por la Asamblea General deberá efectuarse dentro de los 90 días de producida la vacante y en caso de no efectuarse quedará automáticamente investido el miembro más antiguo de los Tribunales de Apelaciones.

La preocupación por la preparación de los Magistrados, así como la de establecer una carrera judicial ha existido desde siempre en el país. En cuanto a esta última, una suerte de costumbre indicaba que los jueces comenzaban por el último grado del escalafón e iban ascendiendo hasta culminar en el cargo más alto: Ministro de un Tribunal de Apelaciones. Además, ha existido una constante de que se nombre por el

Parlamento para integrar la Suprema Corte de Justicia a los miembros de dichos Tribunales, es decir, a quienes ya habían hecho, previamente, toda la carrera judicial.

En cambio, no existió la misma insistencia para exigir una suficiente preparación previa al ingreso, ni tampoco respecto de los méritos para una adecuada selección de los aspirantes al ascenso.

Dichas carencias comenzaron a revertirse a partir de 1985. En dicho año, la Facultad de Derecho y en especial su Instituto de Derecho Procesal promovieron una intensa campaña dirigida a lograr la creación de una Escuela Judicial.

Con cierto sentido augural, decíamos en una disertación que realizáramos en el Instituto Uruguayo de Derecho Procesal el 31 de julio de 1987 sobre el tema: "La conveniencia de contar con un organismo especializado en la formación de los Magistrados nos parece un axioma aplicable a todo sistema jurídico que busque su perfeccionamiento; pero en el nuestro, en especial, se torna en estos momentos en una necesidad impostergable."

"En efecto, detengámonos por un instante a pensar lo que significará la puesta en marcha del nuevo Código del Proceso Civil, actualmente ya en estudio avanzado del Parlamento".

"Nos parece indudable que el nuevo proceso por audiencias va a significar un cambio sustancial en el modo de actuar de los Magistrados y por ello, para asegurar el éxito de la reforma, va a ser necesario que tanto los nuevos jueces que en elevado número se van a requerir, como los actuales, conozcan las razones del cambio, las comprendan y se preparen adecuadamente para hacerlas efectivas en la realidad."

A fines de 1987 se suscribió el Convenio por el cual se creaba la Escuela Judicial, estableciéndose que su órgano de dirección estaría integrado por representantes de los organismos que decidieron su instalación: Suprema Corte de Justicia, Ministerio de Educación y Cultura (Fiscalía de Corte) y la Facultad de Derecho.

Mirando en perspectiva la labor desarrollada por la Escuela Judicial, hoy Centro de Estudios Judiciales- debemos reconocer que su labor ha sido excelente.

El ingreso a los cursos se ha realizado mediante un llamado público a interesados: entre abogados mayores de 25 años y previa selección en función de los méritos presentados.

En un segundo momento se ha sometido a los aspirantes seleccionados a un riguroso test psicológico, realizado por especialistas dependientes del Poder Judicial.

Los cursos comprendían la actualización de conocimientos en diversas materias (civil, comercial, familia, trabajo, penal, tributario, administrativo, etc.) pero se insistía fundamentalmente en los aspectos procesales, con especial referencia al procedimiento del nuevo Código General del Proceso.

A los conocimientos teóricos, se le añadió una conveniente práctica en los Juzgados de las diversas materias.

Los nuevos jueces, que iban a comenzar su labor con el sistema por audiencias del nuevo Código, cuando tuvieron efectivamente que hacerlo no les resultó dificultoso, ya que para ello, no sólo tenían los conocimientos teóricos imprescindibles, sino que además tenían el entrenamiento práctico necesario como para encarar sin obstáculos la tarea.

Ello explica, en gran medida, el éxito alcanzado por la reforma del Código General del Proceso.

En la actualidad, el Centro de Estudios Judiciales sigue desplegando intensa actividad, no sólo en la preparación para el ingreso de nuevos magistrados que se sigue rigiendo por los parámetros antes indicados, sino que también realiza cursos de

profundización ya sea en determinadas materias en las que se detectan carencias o en el análisis de temas nuevos, o el estudio de la nueva legislación derogatoria de normas anteriores. Asimismo ha dictado e imparte en la actualidad cursos para Fiscales, Actuarios, Defensores de Oficio y Auxiliares de la Justicia en general. Similar preocupación ha tenido respecto de la mejora del servicio en cuanto a la preparación de los funcionarios en el manejo de computadoras y procesadores de textos.

2.3.3.2. *El ascenso de los jueces.* Este es otro de los temas que es imprescindible abordar para lograr el mejoramiento de la justicia.

Como ya lo expresara Couture⁸: "Lo que es necesario asegurar en materia de designación de jueces, no es tanto un régimen de independencia en cuanto al nombramiento inicial sino en cuanto a los ascensos posteriores. No es tanto el problema de ingreso al servicio como de continuidad, ascenso y progreso en el servicio. El problema político de los jueces no es tanto el problema de su nombramiento como el problema de su promoción."

Nuestro sistema, que en este punto también tenía carencias que habían sido puestas de relieve por Couture en otro de sus magistrales estudios⁹, fue sensiblemente mejorado por la Acordada N° 7192, dictada por la Suprema Corte de Justicia el 3 de junio de 1993.

Por el referido cuerpo normativo, se crea una Comisión Asesora de la Suprema Corte de Justicia para el ascenso de los Magistrados que está integrada: por un Miembro de la Suprema Corte, un Ministro integrante de los Tribunales de Apelaciones designado por la Corte; un Magistrado designado por las Asociaciones Profesionales entre los Ministros de los Tribunales de Apelaciones; un Abogado en ejercicio, designado por el Colegio de Abogados del Uruguay, y un Profesor Titular, designado por la Facultad de Derecho.

La Comisión Asesora debe confeccionar, anualmente, una lista preferencial de los diez Magistrados que, en cada categoría, reputa más capacitados para el ascenso durante el año civil siguiente.

Para la elaboración de las referidas listas, la Comisión deberá tomar, especialmente, en cuenta:

a) la carrera funcional del Magistrado (número, calidad e importancia funcional de sus destinos, así como tiempo y eficacia en el desempeño de los mismos, teniendo en cuenta, especialmente, las anotaciones favorables o desfavorables que surjan del respectivo legajo personal);

b) los informes producidos por los denominados Magistrados Procesales Superiores, que deberán indicar a la Comisión Asesora con un máximo de diez los nombres de los jueces de grado inferior que en su concepto estén capacitados para ser tenidos en cuenta para ascender;

c) la asistencia del Magistrado a los cursos de perfeccionamiento o reciclaje organizados por el Centro de Estudios Judiciales;

ch) los méritos aportados por los propios Magistrados (sentencias de especial interés, publicaciones científico jurídicas, comunicaciones, memorias o trabajos similares de interés jurídico, asistencia a cursos de perfeccionamiento, especialmente si se evalúa su aprovechamiento, etc.);

⁸ COUTURE, Eduardo J. "Las garantías constitucionales del proceso civil", en "Estudios de Derecho Procesal Civil", ed. Depalma, Buenos Aires, 2ª Edición, 1978, Tomo I, pág. 88.

⁹ COUTURE, Eduardo J. "Nombramiento y promoción de Magistrados", en "Estudios..." ob. cit. Tomo I, pág. 127-141.

d) los datos estadísticos e informes emanados de las oficinas respectivas de la Suprema Corte de Justicia y la información adicional que la Comisión estimare oportuno recabar para mejor proveer (proveniente de entrevistas personales, visitas a las sedes judiciales, consultas a los Colegios Profesionales o a Docentes del CEJU o de otros medios de similar naturaleza).

Como se puede apreciar el régimen de selección para el ascenso de los Magistrados ha mejorado notoriamente a partir de la Acordada 7192 de la Suprema Corte de Justicia, y eso por las siguientes razones:

1) Se utilizan criterios objetivos para determinar aquellos funcionarios con mejor derecho para el ascenso.

2) Las fuentes de información de la Comisión Asesora son amplias y garantizan un correcto asesoramiento, máxime si se tiene en cuenta que dos de ellas -con especial preocupación por el servicio de justicia- provienen de fuera del Poder Judicial (Colegio de Abogados y Facultad de Derecho).

3) Los propios Magistrados pueden incorporar para el análisis aquellos méritos que consideren relevantes, lo que contribuye a darles mayores garantías.

En nuestra opinión, el nuevo régimen de selección para el ascenso ha llevado a un mejoramiento indudable de nuestra Magistratura y ha impedido su burocratización.

En efecto, los jueces perciben ahora, claramente, que el progreso en sus respectivas carreras se deberá en adelante a los méritos propios que hayan ido acumulando en el cumplimiento de su deber, y que además, ese esfuerzo debe ser continuado, pues las diversas listas que la Comisión Asesora remite a la Suprema Corte de Justicia (asesorando para el ascenso) tienen sólo vigencia anual.

2.3.3.3. *la permanente actualización técnica de los Jueces.* Ya lo adelantamos en ocasión de tratar el ascenso de los Magistrados, no obstante lo cual corresponde realzarlo ahora. Si bien los jueces deben, para el ejercicio de su propia función, estudiar permanentemente, es necesario que existan Cursos de actualización y de perfeccionamiento sobre temas jurídicos y aún de otras disciplinas auxiliares para que puedan abordar con éxito el tratamiento sistemático de ciertas materias y su evolución.

En Uruguay también el Centro de Estudios Judiciales (C.E.J.U.) cumple principalmente esa misión de organizar Cursos especiales, sin perjuicio de la tarea formativa que respecto de los egresados lleva adelante la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, por medio de su Centro de Postgrados.

2.3.4. *El adecuado asesoramiento jurídico a las partes*

El tema de las perspectivas de futuro para la Abogacía, en el seno del último Congreso de la U.I.B.A. (Madrid, abril/1996) se abrió con una afirmación esencial: "La función de la Abogacía es insustituible en la prevención y solución de los conflictos humanos y sociales y no es previsible que dichos conflictos desaparezcan en la sociedad futura".

2.3.4.1. *La transformación de la profesión jurídica v su incidencia en la formación*

En el momento actual están incidiendo sobre la profesión jurídica una serie de fenómenos que necesariamente van a llevar a que el sistema educativo deba acompañar esos cambios.

Entre otros que podrían señalarse, destacamos los siguientes:

2.3.4.1.1. La internacionalización o transnacionalización de la profesión jurídica. La globalización de la economía y el acelerado crecimiento de las relaciones jurídicas internacionales e intrarregionales requiere una nueva modalidad del profesional del derecho, que ya no estará limitado a su ordenamiento jurídico nacional, sino que forzosamente deberá estar capacitado para manejar tanto el derecho de los países del Mercosur como el comunitario que vaya entrando en vigencia.

2.3.4.1.2. La complejidad creciente de nuestra sociedad. A la globalización de la vida humana en sus diversos aspectos (económicos, culturales, sanitarios, políticos, deportivos, etc.) se añade que nuestras propias sociedades nacionales se hacen cada día más complejas y por ende, las normas que tienden a regularlas hacen lo propio, lo que lleva a la necesidad de crear equipos de juristas multidisciplinarios (civilistas, comercialistas, tributaristas, laboralistas, procesalistas, internacionalistas, etc.) los cuales, con sus respectivas especializaciones puedan abarcar los problemas en sus diversas vertientes.

La conveniencia de este trabajo en equipo al servicio del cliente, se ha agudizado en el Uruguay desde la vigencia del nuevo Código General del Proceso.

En efecto, el proceso por audiencias requiere la presencia del Abogado en el Tribunal por mucho más tiempo que en el proceso escrito, y ello apareja, que más de conveniencia deberíamos de hablar de necesidad de trabajar en equipo, como forma de asegurarle al cliente el seguimiento de su problema por más de un jurista y por ende, la continuidad en el asesoramiento y la defensa.

2.3.4.1.3. La incidencia de los medios alternativos de solución de los conflictos. La realidad nos muestra que aún habiéndose mejorado ostensiblemente la organización judicial y el sistema procesal como ha ocurrido en el Uruguay, la sociedad, no obstante, busca otras vías alternativas para solucionar los conflictos: la conciliación extrajudicial, la negociación, la mediación y el arbitraje.

La explicación de porqué se acude a estas formas, al decir de Cappelletti- de "Justicia coexistencial" puede ser múltiple, pero creemos que fundamentalmente son dos las razones: la primera, el abarrotamiento de los tribunales con su consecuencia la lentitud exagerada de los procesos, y la segunda, porque ellas proporcionan efectivas soluciones de justicia, que se adecuan más y mejor a las necesidades de los sujetos involucrados y les permiten seguir viviendo en paz, en una sociedad cada vez más llena de conflictos.

Para poder utilizar dichos medios alternativos con eficacia será menester preparar a los juristas en forma apropiada, de manera tal que puedan extraer de los mismos su mayor utilidad.

3. EL ROL DE LOS JUECES EN LA EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS SUSTANCIALES

3.1. Principios que rigen la organización y actuación de la Magistratura

Los principios que sustentan la legitimación de la Magistratura como depositaria de la función del Estado garantista son los referidos habitualmente por la doctrina: independencia, imparcialidad, autoridad y responsabilidad.

No insistiremos aquí en su caracterización, por no ser el tema central de la comunicación; no obstante, recordamos que son principios básicos de la Magistratura y cada Juez, cada día, en cada caso, debiera reflexionarlos y profundizarlos.

3.2. *La interpretación como instrumento de la efectividad de los derechos sustanciales*

La interpretación de las normas sustanciales y también de las procesales ha sido y es tema central de la aplicación del derecho al caso concreto.

En términos generales, en la época de la codificación civil -en la cual se asentó la regla interpretativa- influyó fuertemente la Escuela de la Exégesis¹⁰ y sus integrantes "rindieron culto a la ley o a su letra"¹¹. Así en los Códigos Civiles se han instituido no sólo las fuentes y su prelación sino que también se han establecido las reglas sobre la forma de interpretar o integrar. Ello se trasunta en algunos Códigos sudamericanos, aunque en muchos casos con atenuaciones -por ejemplo, el Código Civil uruguayo con su reconocimiento de los principios generales del Derecho y las Doctrinas más recibidas¹².

Con la tendencia renovadora del Derecho Procesal Iberoamericano, crisol de las mejores soluciones legales, doctrinarias y jurisprudenciales del mundo, la interpretación normativa procesal abandona su postulado de realizarse "bebiendo más y más en la misma ley" como definía a la literalidad FUEYO LANERI en su magistral obra sobre Interpretación y Juez¹³ - pero sigue teniendo su eje en la propia ley, como sucede en Uruguay.

Así, BARRIOS DE ANGELIS sintetiza el método interpretativo de las normas procesales uruguayas así: "De acuerdo con los arts. 14 y 15 C.G.P., que remiten a los arts. 10 a 20 del Código Civil y 332 de la Constitución, la libertad de interpretación no existiría. El intérprete debe seguir un escalonamiento, que es el siguiente:

- 1) conocimiento de la letra de la ley;
- 2) conocimiento de su espíritu;
- 3) aplicación de la analogía;
- 4) aplicación de los principios generales del derecho y especiales del proceso;
- 5) aplicación de las doctrinas más recibidas o generalmente admitidas.

El orden referido es preferencial: sólo se pasa de uno a otro escalón, en el caso de que el superior ofrezca dudas; como se comprende, sobre toda la jerarquía preside el principio de razonabilidad: la duda no puede ser caprichosa o arbitraria¹⁴⁻¹⁵.

Siguiendo a BARRIOS DE ANGELIS -en el mismo trabajo referido- el método está presidido por la regla "del art. 17 de nuestro Código Civil: si la letra es clara, no se debe acudir al espíritu para desvirtuarla. Pero la condicionalidad del texto deja una válvula de escape para la subjetividad: la letra puede ser clara para algunos y oscura

¹⁰ BARRIOS DE ANGELIS, Dante. "El Derecho Procesal Internacional", en "Curso de Derecho Procesal Internacional y Comunitario del Mercosur", Montevideo, FCU, en vías de publicación, pág. 92.

¹¹ FUEYO LANERI, Fernando. "Interpretación y Juez", pág. 53. Universidad de Chile y Centro de Estudios "Ratio iuris", 1976.

¹² FUEYO LANERI, Fernando. Ob. cit., págs 106-107.

¹³ FUEYO LANERI, Fernando. Ob. cit., pág. 32.

¹⁴ BARRIOS DE ANGELIS, Dante. Ob. cit.

¹⁵ Sobre la "razonabilidad" como criterio interpretativo en la práctica judicial estaba investigando un gran procesalista uruguayo, Luis Alberto Viera, recientemente fallecido.

para otros... Frente a la duda, quizás la verdad se halla en el justo medio: tener a la vista la letra de la ley y también su finalidad”.

Como afirmaba Couture¹⁶ “la sentencia no es, pues, la ley del caso concreto, sino la justicia del caso concreto, dictada de acuerdo con las previsiones de la ley. El Juez tiene el deber de ser fiel al programa legislativo y el orden jurídico presente no tolera, por razones de política muy claras, que el juez se emancipe de las soluciones de la ley y se lance con su programa legislativo propio. El Juez de la Constitución no es sino un juez que hace efectiva la ley en la justa medida en que al sistema de la Constitución corresponde. Pero ese proceso no es la aplicación matemática de un precepto, sino el desenvolvimiento de un pensamiento normativo del legislador aplicable al caso concreto, mediante la valoración específica de sus circunstancias.”

La efectividad de los derechos sustanciales es el fin del proceso y ello se deberá tener en cuenta por el Juez al interpretar la norma procesal (art. 14 C.G.P.). Ella trasunta la evolución de un proceso formalista a un proceso teleológico.

La norma citada (igual texto que el art. 12 del Código Modelo) tiene como antecedente el art. 472 del Código Judicial colombiano que dispone: “Los funcionarios del orden judicial, al proferir sus decisiones, deben tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustantiva y, por consiguiente, con este criterio han de interpretarse y aplicarse las disposiciones procedimentales, y las relativas a los hechos que se aduzcan como fundamento del derecho”¹⁷.

3.3. La Constitución y la ley como marco de la solución para el caso concreto

No nos referimos exclusivamente al principio de legalidad que rige la actuación del Magistrado, sino a que la resolución del caso concreto no surge automáticamente con la indicación de normas individualizadas y expresas (el antiguo silogismo) sino que se realiza, como explica con claridad GELSI BIDART, mediante la “aplicación efectiva del ordenamiento jurídico” “dando cabida a los principios constitucionales, a los valores admitidos por la Nación y a los derechos fundamentales”. El mismo autor insiste en la inserción del proceso y el Juez en la “realidad tal como es hoy y no como pudo haber sido en el pasado...”¹⁸

La referencia a la Constitución como marco de interpretación resulta insustituible cuando pensamos en el proceso como instrumento para pacificar con justicia. En este sentido, al igual que ya lo señalara Couture, lo postulara el movimiento por una justicia efectiva y lo reafirma la Nueva Escuela Procesal de San Pablo (Brasil) como postura metodológica¹⁹.

En tal sentido, el Juez debe acudir permanentemente a la norma constitucional, que aunque muchas veces programática, es la que contempla cabalmente el pacto jurídico de una sociedad en una época.

¹⁶ COUTURE, Eduardo J. "Las garantías constitucionales del proceso civil", en "Estudios..." ob. cit. Tomo I, pág. 80.

¹⁷ FUEYO LANERI, Fernando. Ob. cit., pág. 15 (citando a Devis Echandia, Tratado, t. I. págs. 84 a 88).

¹⁸ GELSI BIDART, Adolfo. "Crisis socio-económica y proceso", en Revista Uruguaya de Derecho Procesal 2/86, pág. 124.

¹⁹ Comunicación de la delegación de Brasil al Primer Encuentro de Profesores de Derecho Procesal, realizado en Santiago de Chile, 1992.

3.4. El rol de la Magistratura en el Nuevo Código

3.4.1. El Juez director del proceso

El Juez del CGP -como lo indica Gelsi²⁰ es protagonista y director del proceso. Actúa en diálogo con las partes para lograr su mejor funcionamiento, según el criterio del "debido proceso en legal forma" cuya efectividad debe asegurar.

El Código, siendo coherente con el sistema predominantemente oral que establece, consagra un sensible aumento de las facultades del Tribunal. No obstante, consideramos que no se altera el principio dispositivo que sigue siendo el rector y el cual continuará rigiendo, con atenuaciones.

En tal sentido corresponde señalar: que el proceso sólo comenzará por iniciativa de parte, que las partes conservan la disposición de los actos procesales y del proceso mismo, salvo que verse sobre cuestiones indisponibles, que se mantiene el principio de congruencia y que los agravios fijan el límite de la segunda instancia.

La filosofía base del nuevo Código es la de que el proceso debe realizarse por los jueces y los letrados. Los funcionarios sólo realizan los actos auxiliares, pero son el Magistrado y los Abogados quienes tienen a su cargo la directa realización de todo lo fundamental en el proceso.

Por eso el Código exige la intermediación del Juez con las partes y con la prueba, y rechaza toda forma de delegación del Tribunal, tanto en las audiencias como en las diligencias de prueba, bajo pena de nulidad absoluta (art. 8), salvo cuando la diligencia deba realizarse en territorio distinto al de su competencia.

Dentro de las facultades de dirección del proceso, destacamos las siguientes:

a) la de dar al proceso el trámite que legalmente corresponda cuando el requerido aparezca como equivocado (Cód. uruguayo art. 24 N° 3; Cód. Modelo art. 33 N° 3).

b) la de control sobre la demanda pudiendo rechazarla "in limine" cuando ésta fuera manifiestamente improponible, cuando carezca de los requisitos formales exigidos por la ley o cuando se ejercite una pretensión especialmente sujeta a términos de caducidad y éste haya vencido (Cód. uruguayo art. 24 N° 1; Cód. Modelo art. 33 N° 1).

c) la de desestimar de inmediato las pruebas inadmisibles, inconducentes o impertinentes; incidentes que reiteren otros ya propuestos por la misma causa; o la intervención de terceros que carezcan de los requisitos exigidos (Cód. uruguayo art. 24 N° 6, 7 y 8; Cód. Modelo art. 33 N° 6, 7 y 8).

d) la de relevar de oficio ciertas excepciones como la de incompetencia absoluta, la de litispendencia, cosa juzgada, caducidad, transacción, falta de representación del apoderado, incapacidad declarada del actor o su representante (Cód. uruguayo art. 24 N° 2 y 133 in fine; Cód. Modelo art. 33 N° 2 y 123 in fine).

e) la de imponer sanciones disciplinarias y multas a los Abogados y Procuradores en los casos previstos legalmente (Cód. uruguayo art. 24 N° 10 y Modelo art. 33 N° 10), pudiendo eventualmente la parte, también ser condenada en los daños y perjuicios en razón de su mala fe o temeridad (Cód. uruguayo Art. 61 y Cód. Modelo art. 71 que extiende la responsabilidad por los daños y perjuicios también al Abogado o apoderado en caso de ser culpables).

²⁰ GELSI BIDART, Adolfo. "Protección judicial o garantía procesal en el C.G.P.", en RUDP 4/88, págs. 470-471.

3.4.2. *Los amplios poderes del Juez uruguayo en materia probatoria*

3.4.2.1. *Ubicación del tema.* A partir de la vigencia del CGP se ha operado un incremento notorio en las facultades del Juez en materia de prueba y sobretodo en cuanto a la posibilidad de ejercitarlas efectivamente. En el sentido indicado, se le otorga al Tribunal en el art. 25.2 (C. Modelo art. 34.2) el poder-deber de emplear las facultades y poderes que le concede el Código para la dirección del proceso y la averiguación de la verdad de los hechos alegados por las partes y se prevé asimismo que "la omisión en el cumplimiento de estos deberes le hará incurrir en responsabilidad".

Entre las facultades consagradas a texto expreso se encuentran las siguientes:

a) la de ordenar las diligencias necesarias al esclarecimiento de la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes (CGP Art. 24 N° 4, Cod. Modelo art. 33 N° 4).

b) la de disponer en cualquier momento la presencia de los testigos, de los peritos y de las partes para requerirles las explicaciones que estime necesarias al objeto del pleito. (CGP art. 24 N° 5, Cód. Modelo art. 33 N° 5).

c) la de interrogar a las partes (C.G.P. Art. 148, C. Modelo Art. 138).

d) la de ordenar careos de los testigos entre sí o de éstos con las partes (C.G.P. Art. 162, C. Modelo Art. 152).

e) la de solicitar a los peritos las aclaraciones y ampliaciones que estime convenientes y de disponer un nuevo peritaje (C.G.P. Art. 183.3, C. Modelo 171.3).

f) la de realizar inspecciones judiciales de personas, lugares o cosas con la finalidad de esclarecer hechos que interesen a la decisión del proceso (C.G.P. Art. 186, C. Modelo Art. 174).

g) la de efectuar -bajo su dirección- la reproducción de los hechos (C.G.P. Art. 188, C. Modelo Art. 176).

3.4.2.2. *Los límites a los poderes probatorios del Tribunal.* En nuestro país ha surgido una interesante polémica respecto de cuál es el alcance correcto que debe darse a las facultades del Tribunal, en rigor poderes-deberes, en materia de prueba.

Fundamentalmente se han delineado dos posiciones que a continuación analizaremos.

3.4.2.2.1. *La tesis restrictiva.* Ella considera que el Tribunal se encuentra limitado por el principio dispositivo, consagrado por el art. 1 del CGP, no pudiendo sustituir la actividad de las partes que se encuentran gravadas con la carga de la prueba y debiendo observarse al respecto las formalidades procesales.

En apoyo de esta tesis ha sostenido Véscovi²¹ que los límites a las facultades probatorias del Juez son los siguientes: En primer lugar, como consecuencia del principio dispositivo son las propias partes quienes concurren voluntariamente al proceso, someten las diferencias que quieren a la justicia e inclusive pueden desistir y renunciar a los hechos alegados.

²¹ VESCOVI, Enrique. "Los poderes probatorios del Juez en el nuevo Código General del Proceso", en las VI Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, Paysandú, Uruguay, abril 1991, editorial Universidad, págs. 151-159. Del mismo autor, "Las facultades del Juez en el nuevo Código General del Proceso y las garantías del debido proceso", Revista del Colegio de Abogados del Uruguay, Tomo XVIII, mayo de 1991, págs. 19-24.

Los hechos del proceso son los fijados por las partes y la prueba no puede buscarse fuera de ellos, entre otras razones porque la sentencia no podrá exceder los referidos hechos alegados por los interesados.

Esta posición invoca a su favor el art. 137 del CGP que dispone: "Necesidad de la prueba. Corresponde probar los hechos que invoquen las partes y sean controvertidos. También requieren prueba los hechos, aún admitidos, si se tratare de cuestiones indisponibles."

Destaca esta corriente de opinión, que el límite referido es aplicable aún a los denominados procesos sociales, donde si bien se admite que el actor -la parte débil según el legislador- con la asistencia del Juez pueda ampliar su demanda en la audiencia preliminar (CGP art. 350.3, C. Modelo art. 310 N° 2) es justamente la parte que lo hace, pero no el Tribunal, que luego de establecidos los hechos por los litigantes, no puede probar otros diferentes ni fallar fuera de ellos, pues se rechaza la ultra o la extra petita y se mantiene el principio de congruencia (CGP art. 198) estableciéndose que las sentencias "... recaerán sobre las cosas litigadas por las partes con arreglo a las pretensiones deducidas..."

El segundo límite, mencionado por Vescovi, refiere al saber privado del Juez el cual no puede ser llevado al proceso.

"Por más libertad que se pretenda atribuir al Tribunal -refiere dicho autor en la búsqueda de pruebas, aún en los procesos sociales es imposible que procure prueba por sí de hechos diferentes a lo que ocurre en el proceso, sin violar el contradictorio y el derecho de defensa de las partes".

Al respecto indica que el Juez, por ejemplo, no podría legalmente citar a un testigo que alguien -fuera del proceso- le hubiese informado al Juez que conoció del tema; pero nada impide, que el Tribunal cite a un testigo que hubiese sido mencionado por las partes, por los propios testigos o resultase de algún documento incorporado a los autos.

En tercer término, en la actividad probatoria el Juez no puede apartarse del principio de imparcialidad consagrado como un deber del Tribunal (CGP art. 21.2) que resulta esencial a la propia naturaleza de la actividad jurisdiccional y que resultaría desvirtuada si el Tribunal investigase hechos no alegados por las partes o incorporase pruebas extraídas de su conocimiento privado.

El cuarto límite a la actividad del Tribunal, lo constituye el principio del contradictorio que emana del principio de igualdad, esto es, el derecho de defensa de las partes garantizado por el debido proceso que establece la Constitución y reitera el CGP en sus arts. 4, 14 y 15.

Vescovi concluye afirmando²² que: "... el Magistrado no resulta un investigador que busca la verdad más allá de lo que piden y prueben las partes. Ni es un reformador que, a través del proceso quiere realizar una transformación social".

3.4.2.2.2. *La tesis amplia.* Estima en cambio que existe un poder deber del Juez de averiguar la verdad de los hechos, respetando el derecho de defensa de las partes, consagrado en los arts. 24.4 y 25.2 del CGP, que lo habilitaría a sustituir la inactividad probatoria de las partes.

Entre los autores más destacados que sustentan esta posición se encuentra Gelsi Bidart que parte de concebir al Juez como un co protagonista del proceso, sin perjuicio de ser, además, la autoridad única del mismo.

²² VESCOVI, Enrique. Ob. cit., págs. 19-24.

Afirma dicho autor²³ que: "el proceso así considerado, se realiza íntegramente con la intervención de sus tres sujetos principales, procurando una actuación efectuada de manera, en lo posible, conjunta de los mismos. Entonces con respecto al problema de la prueba el Juez actuará como los restantes sujetos del proceso, tratando de reconstruir los hechos ocurridos, tratando de saber, simplemente, qué ocurrió en la realidad y no ateniéndose únicamente al relato de las partes y a las pruebas que del mismo practique cada uno "

Este es el punto de vista que estima como más lógico, pues responde a la naturaleza del proceso, integración subjetiva de tres sujetos procesales.

No se entiende -afirma Gelsi- por qué habría de realizarse en base a la actuación positiva de dos de ellos y la inmovilidad del otro, cuando a los tres interesa la reconstrucción de los hechos que realmente han ocurrido.

Y más adelante el mismo autor agrega: "...el Juez, por ser una autoridad "de" y "al servicio", lo que predomina es el deber de dirigir y de participar en la averiguación de los hechos que dan origen al proceso. No se trata de una "res merae facultatis" sino de un deber estricto que, de no ejercerse apareja su responsabilidad."

En la misma línea de razonamiento se encuentra el destacado Magistrado Dr. Van Rompaey²⁴, quien considera que con el C.G.P. se ha operado un vuelco ideológico que ha transformado lo que antes era una facultad de iniciativa probatoria de ejercicio voluntario fundamentalmente en el ámbito de las diligencias para mejor proveer en un verdadero poder deber.

El incumplimiento del deber de buscar la verdad de los hechos de la causa hace incurrir al magistrado en responsabilidad. Por ende, del papel de mero espectador que podía conformarse con la aplicación de los principios legales de distribución de la carga probatoria afirma Van Rompaey pasa a tener ahora un protagonismo esencial, una intervención activa en dicha etapa procesal en pie de igualdad de las partes.

En opinión del distinguido Magistrado²⁵ "...el juez podrá complementar la prueba producida por las partes y aún en casos en que éstas no hayan producido prueba alguna, en ejercicio del poder-deber que se le otorga, puede y debe suplirla y ello aunque las partes hayan incumplido su carga probatoria por omisión, negligencia o insuficiencia".

Y agrega: "En la averiguación de la verdad, en la filosofía del nuevo Código, se halla comprometido firmemente el interés público, ello no es materia de interés privado disponible por las partes; sus conductas omisivas no dispensan al Oficio del cumplimiento del referido poder-deber. Debe desecharse el temor de decretar oficiosamente la práctica de alguna prueba para investigar los hechos pues eso no significa desconocer o reducir los principios fundamentales relativos a la carga de la prueba".

Señala que constituye un avance de las leyes procesales modernas el incorporar, a texto expreso, poderes inquisitivos en materia probatoria al juez civil para llegar a la verdad de los hechos.

No obstante, en su opinión, nuestro proceso civil sigue siendo predominantemente dispositivo, pero con mayor injerencia de inquisitividad.

²³ GELSI BIDART, Adolfo. "Protección judicial o garantía procesal en el C.G.P.", ob. cit., pág. 474.

²⁴ VAN ROMPAEY, Leslie. "Alcance del deber de averiguación de la verdad de los hechos alegados por las partes en el C.G.P (art. 25.2)", Revista Judicatura de la Asociación de Magistrados Judiciales del Uruguay, N° 29, pág. 4-9.

²⁵ VAN ROMPAEY, Leslie. Ob. cit , pág. 6.

Se basa para ello en las siguientes razones:

a) Pertenece a las partes la iniciativa para la formalización de la litis (CGP Art. 1).

b) En cuanto al objeto del proceso, éste resulta consolidado, acotado o delimitado en la etapa de proposición en los términos de la demanda y su contestación.

c) Serán objeto de prueba los hechos alegados y controvertidos. (CGP art. 137 y 134).

d) La aportación de los hechos la realizan las partes. El Juez no puede aportar otros hechos que no refieran a los fundamentos fácticos de la pretensión u oposición, aunque sí sobre la base de los mismos, inquirir o indagar acerca de las circunstancias fácticas conexas que integran el relato histórico de los hechos fundamentales de la causa. Con ello se permite llegar a la certeza sobre su verdadero acaecimiento o interpretación.

e) El poder de disposición sobre el objeto litigiosos lo conservan las partes.

Concluye Van Rompaey²⁶ afirmando: "El sistema netamente dispositivo en el campo probatorio no parece adecuarse a la sociedad moderna. Dicho sistema se ajustaba mejor a los tiempos en que el proceso civil fue considerado de interés privado y sin importancia para el funcionamiento general del Estado; el mismo se aviene a un Estado espectador. Por el contrario, el principio inquisitivo corresponde a un estado intervencionista en el que el juez pasa a ser protagonista del proceso. Dicho principio se funda en que las partes no tienen derechos adquiridos sobre la verdad aparente, de tal manera que la investigación oficiosa por parte del juez no vulnera ningún derecho de éstas. El ejercicio del poder-deber tiende a lograr que la sentencia se base en la verdad de los hechos. Las partes no tienen derecho a la pseudo-verdad, sino que puede afirmarse que aún contra su querer el proceso debe responder a la realidad."

3.4.2.2.3. *Nuestra posición.* Resulta indudable que el nuevo Código ha dado mayores facultades al Tribunal tanto en cuanto a la dirección del proceso como en materia de prueba.

A los argumentos utilizados por la tesis amplia se podría agregar el que surge del art. 14 del C.G.P. en cuanto establece que "para interpretar la norma procesal el tribunal deberá tener en cuenta que el fin del proceso es la efectividad de los derechos sustanciales".

Pero no debe olvidarse que la misma disposición en su inciso 2º dispone: "En caso de duda se deberá recurrir a las normas generales teniendo presente los principios generales de derecho y especiales del proceso y la necesidad de preservar las garantías constitucionales del debido proceso y de la defensa en el mismo".

La mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia -en posición que compartimos- han afiliado a la que hemos denominado tesis restrictiva, tomando en consideración:

A) la citada disposición del art. 14 inc. 2 del C.G.P. (C. Modelo Art. 14 inc. 2).

B) que tanto el actor como el demandado deben efectuar una narración precisa de los hechos. (C.G.P. 117 N° 4 y 130.1, C. Modelo 110 N° 4 y 120.1).

C) que las partes deben probar los hechos que invoquen y sean controvertidos. También deberán probar los hechos -aunque sean admitidos- si se tratare de cuestiones indisponibles (C.G.P. art. 137, C. Modelo art. 127).

²⁶ VAN ROMPAEY, Leslie Ob. cit , pág. 7.

D) Que el actor debe probar los hechos constitutivos de su pretensión y quien contradiga la pretensión de su adversario tendrá la carga de probar los hechos modificativos impeditivos o extintivos de aquella pretensión. (C.G.P. Art. 139, C. Modelo Art. 129).

Que si bien el art. 139.2 del C.G.P. (C. Modelo Art. 129.2) establece que: "La distribución de la carga de la prueba no obstará a la iniciativa probatoria del Tribunal ni a su apreciación, conforme con las reglas de la sana crítica, de las omisiones o deficiencias de la prueba", dicha norma debe interpretarse de acuerdo con lo dispuesto en el art. 14 inc. 2, es decir, preservando las garantías constitucionales del debido proceso y de la defensa en el mismo.

Ha sido la jurisprudencia uruguaya quien a través de inteligentes decisiones ha ido determinando en los casos concretos el alcance de las facultades del Tribunal en materia de prueba.

Así el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5to. Turno en sentencia 152/92 redactada por el propio Van Rompaey estableció²⁷:

"Así se sostenga un criterio amplio en relación al alcance de la iniciativa probatoria del Juez civil, debe tenerse presente que el ejercicio de tal poder-deber (C.G.P. art. 25.2) se halla impedido cuando operó la preclusión o cuando la ley procesal establece sanciones específicas a la conducta omisiva de la parte interesada".

El mismo Tribunal de Apelaciones en sentencia 137/93 redactada también por Van Rompaey²⁸, sostuvo:

"El accionante no puede pretender subsanar su omisión de acompañar toda la prueba documental con la demanda, trasladando al Juez su onus probandi, en virtud del deber que tiene éste de averiguar la verdad (art. 25.2 C.G.P.). De aceptarse esta postura, se estaría distorsionando el ordenamiento procesal, al admitir por vía oblicua la agregación de prueba documental que se poseía de antemano, en cualquier etapa del proceso, afectando además con ello, el adecuado ejercicio del derecho de defensa correspondiente".

"En efecto, por más amplia que fuera la iniciativa probatoria del Juez (respecto de lo cual no hay consenso) no es posible ejercitarla en el caso de autos, en que la ley procesal establece claramente una única oportunidad para incorporar al proceso la prueba documental de que la parte dispone, en aplicación de los principios fundamentales como son: el de concentración, buena fe, probidad y lealtad procesal y preclusión."

En sentido concordante el citado Tribunal en sentencia 66/91 redactada por el referido Magistrado expresó²⁹: "La prueba de posiciones no puede operar como sucedáneo de la incorporación de prueba documental que debió agregarse en la etapa pertinente... Tratándose de documentos que estaban a disposición de la parte... su conducta omisa en la producción de dicha probanza en el estadio procesal pertinente no puede ser subsanada por vía oblicua, agregándolos extemporáneamente como punto de referencia de una posición, en abierta transgresión a los principios procedimentales que regulan la recepción de la prueba documental tardía y desnaturalizando en consecuencia, el contenido propio de la absolución de posiciones.

²⁷ RUDP 1/93, Anuario de Jurisprudencia, pág. 196, suma 992.

²⁸ RUDP 2-3/94, Anuario de Jurisprudencia, pág. 340-341, suma 876.

²⁹ RUDP 1/92, Anuario de Jurisprudencia, pág. 198, suma 684.

Por su parte, el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1er. Turno en sentencia 68/90³⁰ rechazó la agregación de documentos solicitada en base al art. 25.2 del C.G.P., cuando su propia calidad de inscribibles e inscriptos en el Registro Público y General de Comercio -según los dichos de quien los presenta- evidencia que testimonio o certificado de los mismos, emanado del referido Registro se encontraba disponible en la etapa procesal correspondiente.

3.5. *El rol del Magistrado en la vida del proceso*

Si en el numeral anterior planteamos el rol del Magistrado en el Proceso Programa aunque las referencias a la aplicación de las normas resultó insoslayable- aquí plantearemos los aspectos del “proceso vida”, al decir de Barrios de Angelis, en los cuales el Juez debe poner especial atención para la efectivización del derecho.

3.5.1. *El activismo del Juez y sus límites.* Los poderes del Juez en tanto director del proceso han determinado que la Doctrina hable del Activismo del Juez y ese concepto se ha desarrollado en foros nacionales e internacionales.

Al estudiar el tema del activismo del Juez, debemos tener siempre presente sus límites: a) la legalidad de su intervención no invadiendo zonas de otros Poderes del Estado; b) independencia e imparcialidad estructural y funcional; c) respeto irrestricto al principio de igualdad de las partes).

3.5.2. Desburocratización del proceso. En aplicación de su función de Director del proceso el Juez, por medio de sus poderes legales, debe estar alerta permanentemente en cuanto a:

- a. *la finalización del proceso en un plazo razonable.*
- b. *la supervisión de la materialización de sus mandatos.*
- c. *la aplicación del principio del finalismo de las formas.*

4. EL ROL DEL ABOGADO EN LA EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS SUSTANCIALES.

4.1. *Facilitación del acceso a la Justicia*

La abogacía, cuya función técnica es insustituible, tiene asignada como deber el facilitar el acceso a la justicia de todas las personas y en especial de aquellas de escasos recursos económicos.

Claro, que por sí sola la asistencia jurídica gratuita no logra cumplir con el ideal de igualdad real en el acceso a la justicia y aquella se debe complementar con medidas imprescindibles que deben provenir de el Estado (baja de la carga tributaria del justiciable, implantación de los Tribunales en los barrios, justicia de pequeñas causas, entre otras).

En tanto no es tema central de esta comunicación, únicamente lo dejamos esbozado.

³⁰ RUDP 1/91, Anuario de Jurisprudencia, pág. 182, suma 747.

4.2. Ubicación del rol del Abogado en el nuevo proceso uruguayo

El Abogado es en el proceso moderno un protagonista principal junto y al lado del Juez como indica Gelsi³¹: "Primum inter-pares" es la verdadera situación del Juez en el proceso y en relación al Abogado. A uno y otro corresponde tenerlo presente y exigir las consecuencias de tal punto de partida, no pretendiendo ser más (en el caso del Abogado) que el Juez, pero tampoco admitiendo ser menos".

4.3. ¿Cómo debe prestar su asistencia letrada?

4.3.1. *La defensa implica parcialidad.* De principio la actuación judicial del abogado, una vez que ha asumido una defensa, está teñida por la nota de parcialidad consustancial a dicha posición.

Al respecto decía Couture³²: "Antes de la aceptación de la causa, el Abogado tiene libertad para decidir. Dice que sí y entonces su ley ya no es más la de la libertad, sino la de la lealtad."

Descartada por esquemática la antigua solución del silogismo judicial³³⁻³⁴, es decir que la solución de un caso esté en la mera subsunción de determinados hechos en la norma jurídica, apreciamos que todo caso tiene un cúmulo de factores (fácticos y jurídicos) interdependientes: la norma jurídica hace relevantes ciertos hechos, pero el conocimiento de éstos es tarea ardua (nada menos que de cognición) ya que no surgen por la mera percepción (salvo hipótesis simples) sino que deben fijarse por una percepción reconstructiva y valorativa.

Así el abogado cumplirá una función de argumentación fáctica y jurídica y, convencido de su razón, será, al decir de GELSI BIDART, un "caballero sin espada" que sale a la defensa del que reclama Justicia.

Dicho autor, en la misma oportunidad, expresó: "Cada vez más, a medida que pasa el tiempo, tengo mayor tolerancia por aquellos abogados que antes, tal vez en mi juventud, tachaba de "leguleyos" o de "chicaneros". No porque esté de acuerdo con ese modo de actuación, sino porque creo ver, con mucha frecuencia, el desesperado esfuerzo del abogado que hurga en los meandros de las leyes, para encontrar el resto de justicia que puede haber quedado en ellos y la resistencia a admitir la ley injusta." Y agregaba: "Recuerdo a COUTURE cuando nos expresaba: cuando encuentres en conflicto el Derecho con la Justicia, lucha por la Justicia"³⁵.

En el mismo sentido, PERELMAN expresa que el papel del Abogado consiste en utilizar dentro de los límites permitidos por la deontología profesional, todos los medios que le permitan hacer triunfar la causa que ha aceptado defender³⁶.

³¹ GELSI BIDART, Adolfo. "Proposiciones acerca del Abogado de hoy", en VII Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, 23-25 de abril de 1993, Minas, Uruguay, págs. 19-27.

³² COUTURE, Eduardo J. "Mandamientos del Abogado", Ed. Depalma, 1986, pág. 41.

³³ GELSI BIDART, Adolfo. "Crisis socio-económica y proceso", en Revista Uruguaya de Derecho Procesal 2/86 pág. 122.

³⁴ En el mismo sentido Salvador RUIZ PÉREZ, "Juez, Abogado y Sociedad", en Revista Uruguaya de Derecho Procesal 2/81 pág. 115.

³⁵ GELSI BIDART, Adolfo. Discurso de clausura de las II Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, Salto, Uruguay, 1983, y Revista Uruguaya de Derecho Procesal 1/83 págs. 9 y 10.

³⁶ PERELMAN, Charles en "La Lógica jurídica y la nueva retórica" pág. 208, citado por Salvador Ruiz Pérez en Juez, Abogado y Sociedad en Revista Uruguaya de Derecho Procesal, 2/81 pág. 118 y nota N° 33.

No obstante la parcialidad esencial a toda defensa, ella tiene límites legales y atenuaciones, que analizaremos en los próximos numerales y en el capítulo de la interrelación de Jueces y Abogados.

4.3.2. *El Abogado debe brindarla con acatamiento a la regla moral, ajustando su conducta a la dignidad de la Justicia, respetando a los litigantes y actuando con lealtad y buena fe.* (C.G.P. Art. 5).

Esto significa que deberá actuar rectamente EN EL EJERCICIO DEL DERECHO DE DEFENSA y sin dobleces, buscando simplificar y desformalizar el proceso, eludiendo innecesarias complicaciones y enredos procedimentales.

Deberá tener presente: la previsión del art. 14 en cuanto a que el fin del proceso es la efectividad de los derechos sustanciales, que el ejercicio abusivo de las vías procesales apareja responsabilidad (C.G.P. Art. 56 y siguientes) y que en determinadas situaciones (menores o incapaces) los derechos tutelados se encuentran por encima de los intereses de los litigantes.

4.3.3. *Su función al servicio del esclarecimiento de las circunstancias objeto del debate.*

En tal sentido, se requiere que el Abogado adopte desde el inicio y con carácter previo al proceso una actitud crítica respecto del planteamiento que le formule su cliente.

Se ha indicado -con acierto- que el Abogado es el primer Juez de lo que aspira obtener el cliente, ya que su actividad profesional debe conducirlo no sólo a determinar los hechos constitutivos de la pretensión -o en su caso los modificativos, extintivos o impeditivos de la misma- sino que también deberá saber con qué medios de prueba contará para demostrarle al Magistrado la verdad de sus afirmaciones (C.G.P. Art. 139, C. Modelo Art. 129).

Expresaba Couture³⁷: "La abogacía es escéptica e investigativa. El abogado al dar el consejo, al orientar la conducta ajena, al asumir la defensa, comienza por investigar los hechos y por decidir libremente su conducta. La abogacía moderna como la medicina, se va haciendo cada día más preventiva que curativa; y en esa función el abogado no procede dogmáticamente, sino, por el contrario, críticamente."

Corresponde señalar, que como en el sistema del C.G.P. Art. 118 (C. Modelo Art. 111) por principio toda la prueba deberá presentarse con la demanda salvo las claramente supervinientes o las referidas a hechos nuevos o a los mencionados por la contraparte, al contestar la demanda o la reconvenición- deberá extremarse el celo profesional en este aspecto pudiéndose, según los casos, recurrir a la preconstitución de prueba o a la realización de prueba anticipada. (C.G.P. Art. 306 N° 2 y 309 N° 6, C. Modelo art. 272 N° 2).

Actuando en la forma antes indicada, resulta obvio que el Abogado facilitará la labor jurisdiccional, descargándole de demandas inadmisibles o infundadas que ya no serán presentadas, así como de cuestiones inconducentes o de pruebas innecesarias o impertinentes.

³⁷ COUTURE, Eduardo J. "Mandamientos del Abogado", ob. cit. pág. 40.

4.3.4. *Capacitación en los aspectos técnicos.*

Al respecto nos aflora de inmediato el primero de los mandamientos de Couture cuando nos decía: "Estudia. El derecho se transforma constantemente. Si no sigues sus pasos serás cada día un poco menos abogado".

Al igual que ya lo indicáramos respecto de los Magistrados, tanto la Facultad de Derecho con sus cursos para graduados y de post-grado, así como el Colegio de Abogados, deben preocuparse por realizar una actividad de educación permanente que les permita a los Abogados mantenerse al día tanto frente a las modificaciones legislativas que se operan en forma incesante, cuanto a las demás variaciones que se producen en el mundo del Derecho.

Nos resulta claro que esa mayor capacitación técnica no sólo permitirá un mejor ejercicio profesional y una fundamentación más sólida de lo peticionado desde el punto de vista sustancial, sino que además desde el punto de vista procesal, entre otros ejemplos posibles: le evitará incurrir en caducidades dadas que los plazos son perentorios e improrrogables (C.G.P. art. 92, C. Modelo Art. 88), sabrá utilizar los medios impugnativos en forma adecuada, así como las vías de ejecución que corresponden, o lograr asegurar el resultado del proceso con una medida cautelar, sin la cual las posibilidades de ejecución en el futuro juicio serían inexistentes etc., etc.

4.3.5. *Formación ética.*

Consideramos que aún más importante que la capacitación técnica es la imprescindible formación ética.

Como lo expresaba Couture, a quien reiteradamente hemos citado: "...La abogacía es un constante ejercicio de la virtud. La tentación pasa siete veces cada día por delante del abogado. Este puede hacer de su cometido, se ha dicho, la más noble de todas las profesiones o el más vil de todos los oficios"³⁸.

En este punto debemos reconocer, que si bien han existido en determinados momentos esfuerzos importantes, nuestro sistema educativo en general y la Facultad de Derecho en particular, no han tenido una preocupación profunda y permanente por el tema.

Es posible que en la actualidad, como una consecuencia adicional de la masificación de los estudios universitarios, el problema se haya agudizado, pero nos resulta indudable que el descaecimiento ético de los profesionales del Derecho (Abogados, Escribanos y Procuradores) ha llegado en nuestro país a un nivel tal que requiere la máxima atención, tanto de las autoridades de la enseñanza cuanto de los Colegios Profesionales.

Por eso, valoramos como un signo altamente positivo que el Código General del Proceso en su art. 5 (C. Modelo art. 5), haya establecido como pauta ética para todos los que intervengan en el proceso, que deben ajustar su conducta a la dignidad de la Justicia, al respeto que se deben los litigantes y a la lealtad y buena fe.

Y complementando lo anterior se indican como vicios de conducta: el fraude procesal, la colusión y cualquier otra conducta ilícita o dilatoria (C.G.P. y C. Modelo art. 5 inc. 2).

³⁸ COUTURE, Eduardo J. "Mandamientos del Abogado", ob. cit. pág. 17.

5. DE LA INTERRELACION ENTRE ABOGADOS Y JUECES PARA LA EFECTIVIZACION DE LOS DERECHOS SUSTANCIALES.

5.1. *Justificación de sus necesarias buenas relaciones*

De esas buenas relaciones depende, en gran medida, la adecuada administración de la Justicia.

Por tal razón, es menester resaltar la misión de los Abogados como eficaces colaboradores, tanto en su labor de asesoramiento previa al proceso, cuanto en su actuación ante los estrados judiciales, así como en la búsqueda de soluciones que procuren la autocomposición y en definitiva la paz en el medio social.

No obstante, en las situaciones concretas a veces aparecen enfrentados -como lo señalara Berizonce³⁹- de un lado el deber profesional que impone consagrarse enteramente a los intereses del cliente, poniendo en la defensa de estos todo el celo, saber y habilidad y de otro, el interés general comunitario comprometido en la eficaz y rápida realización de la justicia.

Al respecto señalaba Calamandrei⁴⁰ que: "Resulta inútil que las leyes procesales establezcan decadencias y preclusiones, si magistrados y abogados no llegan a encontrar por sí el punto de contacto y equilibrio entre las obligaciones que tienen los últimos, primeramente, de la defensa esforzada y cuidadosa de las pretensiones de su cliente y el deber importantísimo de constituirse en leales colaboradores del juzgador, no retardando el curso de la justicia por razones de táctica."

Y más adelante añadía: "En sustancia el problema ...de las relaciones entre los abogados y los jueces es un problema de comprensión. Es necesario que el juez comprenda y aprecie hasta dónde su labor es facilitada y su esfuerzo reducido, por la presencia de los abogados, que asumen el duro trabajo de traducir al juez la tosca realidad en comprensible lenguaje jurídico; pero es preciso también que los abogados comprendan que el cargo de juez es más gravoso y requiere mayor compromiso que el del patrocinio forense.

La misión del Abogado desde la óptica de auxiliar de la justicia está estrechamente vinculada con el deber de lealtad, ya que como lo señalara Couture en sus Mandamientos⁴¹ el Abogado debe ser leal para con el Juez que ignora los hechos y debe confiar en lo que éste le dice y que en cuanto al derecho, alguna que otra vez debe confiar en el que aquel le invoca.

Al comenzar el presente trabajo hacíamos referencia a las bases imprescindibles para la eficacia del sistema judicial y destacábamos al desarrollo de calidades y cualidades en los sujetos técnicos (Juez y Abogados).

No obstante, el perfeccionamiento que pueda darse en estos operadores, tiene un punto de conexión fundamental que es la eficaz interrelación entre ambos protagonistas.

Obviamente, si por esencia, el Juez debe ser imparcial y el abogado parcial, en la realidad van a surgir zonas ríspidas y se debe profundizar en proyectar un modelo de correcto relacionamiento para la eficacia del proceso en el logro de la efectividad del derecho sustancial.

³⁹ BERIZONCE, Roberto. "La función del Abogado en el nuevo proceso", VII Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, abril 1993, Minas, Uruguay, págs. 9-18.

⁴⁰ CALAMANDREI, Piero. "Proceso y democracia". Ed. EGEA, traducción de Héctor Fix Zamudio, pág. 162-163.

⁴¹ COUTURE, Eduardo J. "Mandamientos del Abogado", ob. cit. pág. 11.

Al decir de Genaro Carrió, "La administración de Justicia, como medio civilizado y racional de resolver conflictos, requiere la cooperación inteligente de jueces y abogados"⁴².

5.2. Zonas de confluencia

De lo dicho en los capítulos anteriores surge que existen vastas zonas de confluencia entre el Juez (imparcial) y el Abogado (parcial). Ellas, a modo de inventario preliminar, son:

5.2.1. Similar formación jurídica y función de intermediación del abogado con el Juez.

Al decir de Salvador Ruiz Pérez, "Magistratura y Abogacía son solidarias por la comunidad de origen, por el trabajo y por la tradición"⁴³.

El abogado es, parafraseando el esquema básico comunicacional, el "mensaje" entre un emisor (el cliente que pretende la satisfacción de su pretensión) y el Juez (que debe aplicar el derecho al caso concreto sometido a su decisión). Esa posición de intermediario o "representante" de un interés ajeno no debe jamás soslayarse y tenerse presente en la mutua colaboración de los protagonistas técnicos.

5.2.2. *Zonas de neutralidad de la dicotomía imparcialidad-parcialidad.* El nuevo ordenamiento procesal uruguayo, inspirado en el movimiento procesal iberoamericano, revierte la dicotomía a ultranza entre Juez y abogado, previendo ámbitos en los cuales las posiciones de ambos sujetos se atenúan. Así, a modo de ejemplos señalamos que en el C.G.P. se plantea:

5.2.2.1. *La atenuación de la parcialidad del abogado.* Además de los que surgen implícitamente de los deberes del abogado en especial de actuar con lealtad y buena fe, existen casos en los cuales el abogado debe ejercer su defensa en razonable equilibrio con el bien jurídico tutelado. Ejemplo de ello es la actuación del abogado en materia de familia, cuando hay menores o incapaces y se debe tener presente la previsión del art. 350.2 del C.G.P. (art. 310 Nral. 1º in fine del Código Modelo) en cuanto a que el Tribunal deberá tutelar preferentemente el interés de los más desprotegidos (menores o incapaces).

Otro ámbito de la atenuación de la parcialidad es la función del abogado negociador en los ámbitos extrajudiciales y procesales correspondientes a etapas de conciliación y prevención. Lo que no implica, como sostiene un incansable luchador de la eficacia del proceso y la trascendencia de los medios alternativos de justicia como lo es Roberto O. Berizonce, "renunciar o defraudar la defensa de los intereses confiados, ni propiciar la abdicación de los derechos legítimos, sino propugnar desde la parcialidad que representa (el abogado), formas dirimentes adecuadas, justas y realísticas..."⁴⁴

5.2.2.2. *La atenuación de la imparcialidad del Juez.* También existe el poder-deber del Tribunal en los procesos de carácter social de autorizar a la parte a modifi-

⁴² CARRIO, Genaro "Cómo estudiar y cómo argumentar un caso", ABELEDO-PERROT, 1989, pág. 19.

⁴³ RUIZ PEREZ, Salvador "Juez, Abogado y Sociedad", en Revista Uruguaya de Derecho Procesal 2/81, pág. 118.

⁴⁴ BERIZONCE, Roberto "El abogado negociador" en RUDP 2/93 pág. 303.

car la pretensión, cuando hay carencias de información o asesoramiento y en la etapa procesal oportuna (art. 350.3 del C.G.P.; 310 nral. 2º del Código Modelo).

Se trata de lo que Cappelletti llama dirección "material del proceso", de un proceso entendido como instrumento para el bienestar social. El maestro florentino explica que no se llega todavía a la conclusión extrema de desvincular al Juez del poder dispositivo de las partes, pero se atribuye, sin embargo, al Juez un poder de intervención, de sollicitación, de estímulo.⁴⁵

5.2.3. *El mismo compromiso teleológico.* Ambos protagonistas persiguen, en definitiva, un mismo objetivo: lograr la justicia del caso concreto y a través de ella alcanzar la paz en el medio social.

5.2.4. *La comunicación que se debe a los verdaderos destinatarios del proceso: las partes.*

Al respecto entendemos que tanto los jueces como los abogados deberían utilizar como medio de comunicación un lenguaje accesible y que sea fácilmente entendible por los legos, ya que de esa forma se lograría que el pueblo en general comprendiese mejor las decisiones de la Justicia.

5.3. *Zonas ríspidas*

En la actividad de jueces y abogados pueden darse ciertas situaciones en las que resulte imprescindible el control de los otros protagonistas del proceso. Así por ejemplo, entre otras posibles, vemos la función de control del juez hacia el abogado: cuando evita excesos en la defensa, cuando exige que el abogado se ajuste al sistema normativo (rechazo de demandas manifiestamente improponibles, de pruebas inadmisibles, inconducentes o impertinentes, o de medios de defensa interpuestos en forma extemporánea).

Del mismo modo la función de control también se ejerce del abogado hacia el Tribunal, por ejemplo: ejercitando la garantía de la doble instancia y utilizando todos los medios impugnativos como forma de corregir los errores que se produzcan en el proceso e inclusive los excesos que eventualmente se puedan producir por parte del Tribunal.

5.4 *Zonas de riesgos: la prevención de la corrupción*

Si bien en la actualidad, tanto el Poder Judicial como la Abogacía del Uruguay no han sido afectados en gran medida por este flagelo mundial de las relaciones sociales y personales que es la corrupción, corresponde, con vistas al futuro, estar alertas en su prevención.

Esta preocupación por el fenómeno de la corrupción está presente por estos días en todo el mundo y especialmente en Iberoamérica, tal como surge del reciente Congreso de la U.I.B.A. en Madrid. Meses atrás en el Colegio de Abogados del Uruguay, dos excepcionales juristas del Mercosur expusieron sus inquietudes en el tema, pero también delinearon sus ideales y medios para el combate de ese flagelo del Estado de Derecho democrático. Así, Jorge Vanossi (ex legislador de Argentina) y José Roberto Batochio (ex Presidente de la Orden de Abogados de Brasil) insistieron

⁴⁵ CAPPELLETTI, Mauro. "La Oralidad y las Pruebas en el Proceso Civil", EJE, 1972, págs. 124/126.

en la necesidad de un estado de vigilia permanente y en la conveniencia de un "shock ético" en todos los campos de la sociedad, especialmente en el jurídico.

Tanto el ámbito del ejercicio de la función jurisdiccional, como el del asesoramiento jurídico son campos fértiles para la penetración del fenómeno de la corrupción, aunque todavía en países como Uruguay, por fortuna, son la excepción y no la regla.

En el ejercicio profesional, el abogado en ciertos casos, puede estar en situaciones en las cuales se pueden dar estos elementos y debe tener, en primer lugar una sólida formación ética, y en segundo lugar actuar con transparencia tanto frente a su cliente como frente al Tribunal.

Si bien el ejercicio de la función jurisdiccional, en tanto garantía de la comunidad, está previsto constitucional y legalmente con fuertes controles (reglados sus poderes, su discrecionalidad limitada por la interpretación pautada, los criterios de valoración de la prueba en la ley, la imprescindible fundamentación de sus sentencias, etc. y un proceso con publicidad) el Juez también tiene ámbitos importantes de poderes y discrecionalidad que sólo con una sólida conciencia ética y consustanciado, como es el caso de Uruguay, con una mística de la Justicia independiente e imparcial como valor supremo del Estado de Derecho, ello evitará desviaciones o corruptelas. Por ello los Jueces deben ser muy estrictos en el ejercicio de sus poderes-deberes y en la fundamentación de todos sus actos. Además la transparencia es fundamental para el conocimiento de lo que sucede en la Justicia: cumplir con el principio de publicidad y respeto irrestricto al principio de igualdad.

6. CONCLUSIONES

6.1. *Medios alternativos*

La utilización adecuada de las denominadas vías alternativas (conciliación, mediación, negociación) permite evitar tener que acudir al proceso y en definitiva posibilita una más efectiva tutela de los derechos sustanciales y alcanzar en los casos concretos la denominada "justicia coexistencial".

6.2. *Sistema judicial*

Cuando el proceso se hace inevitable, el sistema judicial debe funcionar en forma eficiente y para ello las bases fundamentales son:

6.2.1. Suficiente infraestructura, que permita contar con un número adecuado de buenos jueces que puedan atender razonablemente los asuntos a su cargo.

El sistema debe:

- permitir un fluido acceso a los usuarios del servicio de justicia.
- aprovechar los medios técnicos y los avances de la ciencia de la organización para dotar a la tutela judicial de una eficiente administración y una efectiva gestión.

6.2.2. *Moderna ley procesal* que proporcione un eficaz instrumento en cuanto al método de debate y al modo de actuación, tanto del Tribunal como de las partes. Dicho instrumento debe estar basado en principios procesales actualizados, consagrar un proceso por audiencias con la preliminar como médula del mismo, reduciendo las estructuras procesales al mínimo indispensable y procediendo a la ampliación del campo del proceso monitorio. Deberá utilizar como pautas orientadoras las doc-

trinas, experiencias y soluciones más significativas del mundo condensadas en el Código Modelo para Iberoamérica.

6.2.3 *Necesidad de contar con buenos jueces.* Su ingreso se deberá efectuar mediante una selección previa y rigurosa y cuyos posteriores ascensos deberán ser calificados por órganos con la más amplia participación de los involucrados: Cortes de Justicia, Magistrados, Abogados, profesores de la Facultad de Derecho, y exigiéndose además una permanente actualización técnica mediante cursos y talleres.

6.2.4 *Adecuado asesoramiento jurídico.* Tomando en consideración la transformación que tiene la abogacía en el final del siglo en cuanto a sus factores de internacionalización, complejización e incidencia de nuevos modos de solución de los conflictos, debemos destacar el papel del abogado como colaborador de la Justicia y en tal sentido será menester insistir en su capacitación técnica y en su formación ética.

6.3. *El rol de los jueces y abogados en la efectividad de los derechos sustanciales*

6.3.1 *La actuación del Magistrado* debe estar regida por los principios en los cuales se asienta la organización judicial, a saber: independencia, imparcialidad, autoridad y responsabilidad; y deberá tener siempre presente que el fin del proceso es la efectividad de los derechos sustanciales.

El papel de la Magistratura en el nuevo proceso iberoamericano se basa en que se le ha confiado al Juez la dirección del proceso, dotándolo al efecto de amplios poderes, especialmente en materia probatoria, aunque con ciertos límites. Su activismo no debe dejar de lado los principios fundamentales del debido proceso y en su actuación el Juez debe tomar en consideración el principio del finalismo de las formas y procurando en todo momento la desburocratización del proceso.

6.3.2. *El abogado tiene como función fundamental* facilitar el acceso a la Justicia de los ciudadanos y si bien de principio, su actuación implica la nota de parcialidad, ella está limitada por el acatamiento a las leyes y a la regla moral, ajustando su conducta a la dignidad de la Justicia, el respeto a los litigantes y actuando con lealtad y buena fe. Será necesario a tal efecto insistir en su formación deontológica. Su actividad está destinada al esclarecimiento de las circunstancias objeto de debate, tanto en los aspectos fácticos como jurídicos, y para mejorar el ejercicio profesional se deberá profundizar la capacitación en los aspectos técnicos.

6.3.3. *Las necesarias buenas relaciones entre jueces y abogados, son el sustento del sistema,* pues de ellas depende en gran medida la administración de la justicia y no debemos olvidar, como nos lo recordaba Couture⁴⁶ que en el proceso el tiempo es algo más que oro: es Justicia.

⁴⁶ COUTURE, Eduardo J "Exposición de motivos a su Anteproyecto de Código de Procedimiento Civil", 1945, pág. 37.