



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Procesal

TRADUCCIÓN LIBRO

DIE RICHTERLICHE AUFKLÄRUNG IM ZIVILPROZEß

(La Aclaración judicial en el proceso civil)

DE ROLF STÜRNER

Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

AUTOR: Rodrigo Alexander Kaufmann Peña

PROFESORES GUÍA: Raúl Núñez Ojeda y Cristián Maturana Miquel

Santiago, Chile

2010

I. Tabla de Contenido

I. Tabla de Contenido	ii
II. Resumen de la obra traducida.....	v
III. Reseña biográfica de Rolf Stürner.....	vii
I. El tema y su actualidad	6
1. El alcance de la aclaración judicial, según el Derecho vigente	6
2. La actualidad del tema	7
II. Fundamentos y cuestiones básicas de la aclaración judicial	11
1. La relatividad del conflicto entre la responsabilidad del juez y de las partes en la historia jurídica y en Derecho comparado	11
a) El equilibrio en el Código Procesal Civil “liberal”	11
b) El equilibrio en la historia del proceso.....	13
c) El equilibrio en la legislación comparada	15
d) Equilibrio en las regulaciones procesales alemanas – Comparación interna en Alemania	19
2. La actividad judicial en la dogmática procesal contemporánea.....	21
3. El rol procesal del abogado y la actividad del juez.....	26
4. Neutralidad y actividad judicial	31
a) Soluciones extremas	31
b) El equilibrio correcto	34
c) ¿Discrecionalidad judicial en la aclaración?.....	37
d) La forma de la aclaración	39
5. Aceleración procesal y deber de indicación.....	42
a) Preclusión y aclaración previa	42
b) Retraso y aclaración.....	43
6. Actividad judicial y Constitución.....	44
a) Aclaración judicial y derecho a ser oído.....	44
b) Aclaración judicial e igualdad de armas.....	46
c) Aclaración judicial y la garantía de un procedimiento justo en el marco de un Estado Social de Derecho	47
d) Acción de inconstitucionalidad por aclaración negligente	49
7. Resumen y valoración del desarrollo.....	50

a)	Resumen.....	50
b)	Valoración del desarrollo	51
III.	Cuestiones particulares del deber de indicación.....	53
1.	Deber de indicación respecto a requisitos procesales	53
2.	Deber de indicación respecto a solicitudes procesales y materiales.....	54
a)	Casos típicos del deber de indicación	54
c)	La indicación prohibida	57
d)	Casos dudosos.....	58
e)	Retraso en la presentación de solicitudes y sus consecuencias jurídicas sustantivas	60
3.	Deber de indicación en caso de exposición insuficiente de los hechos	61
a)	Casos fundamentales de deber de indicación	61
b)	Límites del deber de indicación	63
c)	Impugnación de los hechos y afirmaciones de la contraparte.....	63
d)	Incitación a la introducción de nuevos hechos.....	64
e)	¿Indicación a la parte que no tiene la carga de la afirmación de los hechos?	66
f)	Indicación judicial en el marco del § 333 III del Código Procesal Civil	66
g)	Incitación a la exposición de hechos en los procesos sobre contratación en el servicio público.....	67
4.	Deber de indicación en el caso de solicitudes relativas a la prueba	68
a)	Error en la solicitud de prueba	68
b)	Falta de solicitud de pruebas.....	69
c)	Indicación sobre nuevos ofrecimientos de prueba	70
d)	Valoración sorpresiva de medios de prueba	71
5.	Defensas y excepciones.....	72
a)	Nuevas defensas.....	72
b)	Nuevas excepciones	74
c)	Falta de representación letrada	76
6.	Concepción jurídica sorpresiva del tribunal	76
a)	Exclusión del deber de indicación.....	77
b)	Casos en que existe deber de indicación	78

c)	Cuestiones jurídicas y cuestiones de hecho	79
d)	La “pretensión accesoria” según el § 278 III del Código Procesal Civil	80
7.	Deber de indicación en relación con la pérdida del derecho a reclamar	81
IV.	Aclaración judicial en la conciliación.....	82
1.	Actividad judicial para lograr un acuerdo en el procedimiento ante los tribunales del trabajo.....	83
a)	Innovaciones del juez en la conciliación	83
b)	La forma de la prueba de oficio con fines informativos en la conciliación .	87
2.	La aclaración judicial en la conciliación del procedimiento civil.....	88
a)	Extensión del deber de aclaración.....	89
b)	¿Recepción de prueba con fines informativos?	90
V.	La consideración de la falta de aclaración en la casación y apelación	92
1.	Casación	92
2.	Apelación	93
IV.	Bibliografía utilizada por el Traductor	107
V.	Anexo.....	108

II. Resumen de la obra traducida

La presente memoria es una traducción directa al castellano del libro alemán “*Die richterliche Aufklärung im Zivilprozeß*” (“La aclaración judicial en el proceso civil”) del Profesor Rolf Stürner.

En esta obra del Profesor Stürner se trata el problema de la actividad del juez en el marco del procedimiento civil (ordinario) alemán (contemplado en el *Zivilprozeßordnung*, el Código Procesal Civil alemán), centrándose en el análisis del rol de dirección que le corresponde.

En esta obra se busca determinar, en forma concreta, qué actuaciones son una consecuencia directa del rol de juez en el proceso civil y, por lo mismo, pueden y deben ser exigidas del juez por las partes, y cuáles le están, por el contrario, vedadas, en atención a su rol de juzgador. Con el mismo propósito el autor se refiere también en forma indirecta a las actuaciones que deben realizar las partes, y que no pueden concebirse como pertenecientes al ámbito de responsabilidad del juez.

Como puede observarse, el libro pretende hacerse cargo de la tensión a la que se enfrenta el juez como consecuencia de los diversos roles que cumple: por una parte, un asesor de las partes, que debe ayudarlas a desempeñar de forma correcta su papel; por otra, el juzgador, llamado a resolver la controversia jurídica.

El autor se centra principalmente en la regulación del procedimiento (ordinario) civil, sin perjuicio de referirse también al procedimiento ante los tribunales del trabajo y administrativo. A partir de esa base, el autor realiza un exhaustivo análisis de las reglas que gobiernan la actividad del juez. Para dichos efectos utiliza siempre como esquema de análisis los principios que inspiran la regulación procesal alemana, obteniéndose, de esa forma, una visión sistemática y coherente de la actividad del juez en ese proceso.

Precisamente por la visión global que entrega, la rigurosidad del análisis y la revisión crítica de la práctica judicial, el libro representa un aporte para la discusión dogmática sobre la materia y nos brinda una perspectiva clarificadora para quienes se desempeñan como jueces.

Esta traducción fue posible gracias a la generosa y desinteresada autorización otorgada por su autor, pudiendo con ello aportar con un valioso antecedente en un tema de gran interés para nuestro país, atendido el proceso de reforma en el cual se encuentra inmerso.

Finalmente, esta obra presenta para nosotros un apreciable interés, no sólo por el reconocido prestigio de su autor, sino que por desgracia son muy escasas las obras de la cultura germánica en materia procesal que durante estos últimos años han sido traducidas a nuestro idioma, no obstante su reconocido aporte científico, especialmente por el desarrollo eficiente de sus procesos orales civiles.

Esperamos que con esta traducción podamos romper este ciclo de silencio en materia de traducciones de las obras procesales de la cultura jurídica germánica, atendido a que sin duda constituyen para nosotros un valioso aporte.

III. Reseña biográfica de Rolf Stürner

Rolf Stürner, el autor de la obra, nació en la ciudad alemana de Stuttgart en 1943. En 1962 inició sus estudios de Derecho en la Universidad de Tubinga [Tübingen], Alemania, con estudios secundarios en Romanística e Historia.

En 1966, rindió el Primer Examen Estatal de Derecho [Erste Juristische Staatsprüfung]. A partir del mismo año, participó en la redacción de la Revista Jurídica [Juristenzeitung] de Tubinga. Obtuvo su título de Doctor en Derecho en 1968 bajo la guía de Fritz Baur; su tesis doctoral llevó el título de “Formas de organización propias del Derecho Privado en la administración de bienes públicos” [Privatrechtliche Gestaltungsformen bei der Verwaltung öffentlicher Sachen].

En 1970 rindió el Segundo Examen Estatal de Derecho en la ciudad de Stuttgart, iniciando el año siguiente un período de prueba como juez en los Tribunales Estatales de Stuttgart y Tubinga. A partir de 1972, asumió como Asistente de Investigación de Fritz Baur en la Universidad de Tubinga, tomando un receso en sus actividades como juez. En 1974 es nombrado juez titular (vitalicio) en el Tribunal Estatal de Stuttgart.

Dos años después, en 1976, realizó su trabajo para la habilitación docente en la Universidad de Tubinga, para las materias de Derecho Procesal Civil y Derecho Civil, bajo la dirección de Fritz Baur. El tema elegido del mismo fue el deber de aclaración en el Proceso Civil.

En 1976, es llamado a dictar las cátedras de Derecho Civil y Derecho Procesal Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad de Constanza [Konstanz]; tres años después se transformaría en Decano de la misma.

En 1981 es nombrado juez del Tribunal Superior Estatal de Stuttgart. A partir del año siguiente (y hasta el día de hoy), forma parte del Comité Editorial de la Revista Jurídica de Tubinga. Desde 1983 es, además, miembro de la International Association for Procedural Law. Desde 1983, forma parte del Comité Editorial de la Revista de Derecho Procesal Civil [Zeitschrift für Zivilprozess]. En 1985 fue elegido como Consejero de la Asociación Científica de Derecho Procesal Internacional

[Wissenschaftliche Vereinigung für Internationales Verfahrensrecht]; posteriormente, en 1988, fue elegido también Consejero de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal Civil [Zivilprozessrechtslehrervereinigung].

A contar de 1992 asumió como Profesor de Derecho Procesal Civil alemán y comparado y Derecho Civil en la Universidad de Friburgo [Freiburg], desempeñándose además como Director del Instituto sobre Derecho Procesal Civil alemán y comparado.

Entre 1994 y 2008 cumplió funciones como juez en el Tribunal Superior Estatal de Karlsruhe. También a partir de 1994, pasó a presidir la Asociación de Profesores de Derecho Procesal Civil, que agrupa a Profesores de Alemania, Austria y Suiza.

A partir de 1996, forma parte del Comité Editorial de la nueva Revista sobre Derecho Procesal Civil Internacional. Al año siguiente, se transformó en miembro del Directorio de la Asociación de Juristas Americano-Alemana.

Durante el año 2000 asumió como Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Friburgo. A partir del 2003 es, además, miembro de la Academia de las Ciencias de Heidelberg.

A partir del año 2005 es miembro del American Law Institute; en ese mismo año, recibió el Premio a la Investigación del Estado de Baden-Württemberg, en Alemania.

Además, ha realizado cursos y ponencias en las Universidades de Harvard y New York, Estados Unidos; de Nagoya, Japón; de Ginebra y Berna, en Suiza, Hamburgo en Alemania y trabajado en diversos proyectos Unidroit.

Además, es autor de 27 libros, comentarios y monografías, además de innumerables artículos relativos al Derecho Procesal Civil y Derecho Civil. Entre los primeros, destacan especialmente:

- a. “El deber de aclaración de las partes en el Proceso Civil” [Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses] [(Tubinga, 1976)

- b. “Comentario al Código Civil alemán” [BGB Kommentar], en coautoría con Jauernig, Teichmann, Berger, mantel, Stadler. (13 ediciones, entre 1979 y 2009)
- c. “Derecho de la ejecución forzosa, de Quiebras y de la Conciliación” [Zwangsvollstreckungs-, Konkurs-, und Vergleichsrecht], en coautoría con Baur (Heidelberg, 1989)
- d. “Derecho de las cosas” [Sachenrecht], en coautoría con Baur. (2 ediciones entre 1999 y 2009)
- e. “German Civil Justice”, en coautoría con Murray (2004.).
- f. “Derecho de la Ejecución Forzosa” [Zwansvollstreckuungrecht], en coautoría con Baur y Bruns. (2006)
- g. “¿Mercado y competencia por sobre todo? – Sociedad y Derecho desde la perspectiva de la ideología neoliberal de Mercado” [Markt und Wettbewerb über alles? – Gesellschaft und Recht im Fokus neoliberalen Marktideologie] (2007)

LA ACLARACIÓN JUDICIAL EN EL PROCESO CIVIL

ROLF STÜRNER

Traducción: Rodrigo Alexander Kaufmann Peña

Prólogo

Este libro se basa en una disertación que el autor dio ante la Academia Alemana de Jueces [*Deutsche Richterakademie*] en la ciudad de Tréveris, en 1981. En él se pretende no sólo tratar los problemas fundamentales, sino que también servir de ayuda en el ámbito práctico, al estudiar problemas específicos. Por eso, se ha hecho lo posible por abarcar en forma completa la jurisprudencia a partir de 1950. El procedimiento ante los tribunales del trabajo también ha sido considerado. Debo agradecer por muchos de los aportes a los partícipes en la disertación de Tréveris. Agradezco, además, a mis colaboradores, la asesora jurídica Srta. Karin Guardiera, el asesor Sr. Dr. Jan Schulz y el asesor Sr. Hans-Joachim Weber, quienes me asistieron en cuestiones técnicas, y a mi secretaria, Sra. Buch-Balmaceda, quien se hizo cargo del manuscrito.

Dedico el libro con mucho agradecimiento al recuerdo de mi padre, Hermann Stürner, quien siempre se interesó vivamente por mis emprendimientos laborales y científicos.

Índice

I.	El tema y su actualidad	6
1.	El alcance de la aclaración judicial, según el Derecho vigente	6
2.	La actualidad del tema	7
II.	Fundamentos y cuestiones básicas de la aclaración judicial	11
1.	La relatividad del conflicto entre la responsabilidad del juez y de las partes en la historia jurídica y en Derecho comparado	11
a)	El equilibrio en el Código Procesal Civil “liberal”	11
b)	El equilibrio en la historia del proceso.....	13
c)	El equilibrio en la legislación comparada	15
d)	Equilibrio en las regulaciones procesales alemanas – Comparación interna en Alemania	19
2.	La actividad judicial en la dogmática procesal contemporánea.....	21
3.	El rol procesal del abogado y la actividad del juez.....	26
4.	Neutralidad y actividad judicial	31
a)	Soluciones extremas	31
b)	El equilibrio correcto	34
c)	¿Discrecionalidad judicial en la aclaración?.....	37
d)	La forma de la aclaración	39
5.	Aceleración procesal y deber de indicación.....	42
a)	Preclusión y aclaración previa	42
b)	Retraso y aclaración.....	43
6.	Actividad judicial y Constitución.....	44
a)	Aclaración judicial y derecho a ser oído.....	44
b)	Aclaración judicial e igualdad de armas.....	46
c)	Aclaración judicial y la garantía de un procedimiento justo en el marco de un Estado Social de Derecho	47
d)	Acción de inconstitucionalidad por aclaración negligente	49
7.	Resumen y valoración del desarrollo.....	50
a)	Resumen.....	50
b)	Valoración del desarrollo	51

III.	Cuestiones particulares del deber de indicación.....	53
1.	Deber de indicación respecto a requisitos procesales	53
2.	Deber de indicación respecto a solicitudes procesales y materiales.....	54
a)	Casos típicos del deber de indicación.....	54
b)	La indicación prohibida	57
c)	Casos dudosos.....	58
d)	Retraso en la presentación de solicitudes y sus consecuencias jurídicas sustantivas	60
3.	Deber de indicación en caso de exposición insuficiente de los hechos	61
a)	Casos fundamentales de deber de indicación	61
b)	Límites del deber de indicación	63
c)	Impugnación de los hechos y afirmaciones de la contraparte.....	63
d)	Incitación a la introducción de nuevos hechos.....	64
e)	¿Indicación a la parte que no tiene la carga de la afirmación de los hechos?	66
f)	Indicación judicial en el marco del § 333 III del Código Procesal Civil	66
g)	Incitación a la exposición de hechos en los procesos sobre contratación en el servicio público.....	67
4.	Deber de indicación en el caso de solicitudes relativas a la prueba	68
a)	Error en la solicitud de prueba	68
b)	Falta de solicitud de pruebas	69
c)	Indicación sobre nuevos ofrecimientos de prueba	70
d)	Valoración sorpresiva de medios de prueba	71
5.	Defensas y excepciones.....	72
a)	Nuevas defensas.....	72
b)	Nuevas excepciones	74
c)	Falta de representación letrada	76
6.	Concepción jurídica sorpresiva del tribunal	76
a)	Exclusión del deber de indicación.....	77
b)	Casos en que existe deber de indicación.....	78
c)	Cuestiones jurídicas y cuestiones de hecho	79
d)	La “pretensión accesoria” según el § 278 III del Código Procesal Civil ...	80

7.	Deber de indicación en relación con la pérdida del derecho a reclamar	81
IV.	Aclaración judicial en la conciliación.....	82
1.	Actividad judicial para lograr un acuerdo en el procedimiento ante los tribunales del trabajo.....	83
a)	Innovaciones del juez en la conciliación	83
b)	La forma de la prueba de oficio con fines informativos en la conciliación	87
2.	La aclaración judicial en la conciliación del procedimiento civil.....	88
a)	Extensión del deber de aclaración	89
b)	¿Recepción de prueba con fines informativos?	90
V.	La consideración de la falta de aclaración en la casación y apelación.....	92
1.	Casación	92
2.	Apelación	93

El tema y su actualidad

El alcance de la aclaración judicial^{*}, según el Derecho vigente

El Código Procesal Civil^{**} vigente reparte la responsabilidad por la correcta conclusión del conflicto entre las partes, por un lado, y el tribunal, por la otra. Las partes pueden, cada una por separado o conjuntamente, decidir sobre el “sí” y el “sobre qué” del procedimiento (principio dispositivo o *Dispositionsmaxime*). De su sola voluntad dependen: el inicio del proceso en general y las etapas concretas¹ dentro de éste, quedando el tribunal vinculado a las peticiones que le formulen las partes²; la terminación unilateral del procedimiento, ya sea por el peticionario³ (demandante) o por el peticionado⁴ (demandado); la terminación por mutuo acuerdo de las partes⁵; la renuncia a efectuar reclamaciones por infracción de normas de procedimiento⁶; o el acuerdo para alterar el curso normal del procedimiento⁷. Las partes introducen los

^{*} N. del T.: La expresión “aclaración judicial” [*richterliche Aufklärung*], también llamada “función de esclarecimiento”, hace referencia a la actividad que corresponde llevar a cabo al juez en el marco de un procedimiento, dirigida a conseguir que las partes o, en general, quienes tengan participación en el procedimiento, presenten al tribunal solicitudes adecuadas y correctas, expongan con suficiente claridad todo lo que sea necesario para el avance del procedimiento, ofrezcan medios de prueba pertinentes y, en general, despejen cualquier punto oscuro que pueda existir en el procedimiento.

^{**} N. del T.: Se trata del Código Procesal Civil alemán, de 1877 (*Zivilprozeßordnung*, en adelante, ZPO, por su sigla en alemán.).

¹ §§ 253, 338, 485, 518, 553, 578 y 920 del ZPO.

² §§ 308, 525, 559 del ZPO.

³ §§ 269, 515, 566, 306, 514 y 566 del ZPO.

⁴ § 307 del ZPO.

⁵ §§ 91a, 794 I Nr. 1 y 251 I del ZPO.

⁶ § 295 I del ZPO.

⁷ Por. ej., §§ 38 y ss., 1025 y ss. del ZPO.

hechos en el proceso⁸ (principio de aportación de partes o *Verhandlungsmaxime*) y determinan, con sus reacciones frente a las afirmaciones de la contraparte, la necesidad de prueba⁹; son las partes las que deben ofrecer prueba¹⁰. El tribunal se limita¹¹ a prestar asistencia respecto a las peticiones que formulan las partes, a asegurarse de que el relato de los hechos sea completo y que las pruebas sean ofrecidas en forma correcta. Puede también –sin estar obligado a ello– recibir pruebas sin necesidad de solicitud¹². Se debe tener claro desde el principio –y para esto resulta útil la referencia a conocidas reglas del Derecho positivo– que el Código Procesal Civil lleva a cabo la distribución de la responsabilidad únicamente mediante fórmulas inclusivas del tipo “tanto como también”, y no a través de fórmulas excluyentes, verbigracia, “o esto o lo otro, pero no ambas cosas a la vez”. La discusión sobre la aclaración judicial se refiere, por consiguiente, a la adecuada complementación de responsabilidades, y no a si el impulso y la dirección procesal corresponden por completo, ya sea al juez o a las partes.

La actualidad del tema

El tema se refiere a una de las cuestiones fundamentales en cualquier ordenamiento procesal. Por tal razón ha sido siempre un tema actual – tanto antes como después de la entrada en vigencia del Código Procesal Civil. Reflejo de dicha relevancia es la abundante literatura al respecto a partir de 1877¹³. Lo anterior

⁸ §§ 130 Nr. 3, 282 I, 331 I y 592 del ZPO.

⁹ §§ 138 III y 288 I del ZPO.

¹⁰ §§ 282 I, 359 Nr. 3, 371, 373, 420, 424 y 445 del ZPO.

¹¹ §§ 139 y 278 del ZPO.

¹² §§ 273 II, 141, 142, 143, 144 y 448 del ZPO.

¹³ Completa y detallada bibliografía para la época hasta 1950, en **Damrau**, “Die Entwicklung einzelner Prozeßmaximen seit der Reichszivilprozeßordnung von 1877” [El desarrollo de principios procesales particulares a partir del Código de Procedimiento Civil del Imperio de 1877], 1975, pgs. 119 y ss., 228 y ss., 291 y ss., 375 y ss., 408 y ss. y 489 y ss.

posiblemente esté relacionado con el hecho de que la actividad del juez se vincula prácticamente con todos los problemas fundamentales que presenta el Derecho Procesal Civil y también el Derecho Procesal en general. El Derecho Procesal alemán tiene mucho que agradecer a la obra de Lent, profesor de Derecho Procesal en Erlangen, cuyas ponderadas reflexiones son hasta hoy de gran utilidad¹⁴. Él –al igual que otros procesalistas– mantuvo una visión liberal y cuestionó¹⁵ la tendencia de la época nacionalsocialista hacia un “nuevo” proceso civil, que exigía un juez que investigara de oficio y que estuviera acorde con el “punto de vista de la comunidad nacional”. La temprana discusión de la post-guerra dio nueva vida, en parte, a la idea de la investigación judicial, tal como ya había sido debatida en la literatura anterior al Tercer Reich, la cual se había concretado en muchos procedimientos especiales y cuyo objetivo era lograr mayor equidad social en épocas de adversidad (crisis)¹⁶. Dicha idea no pudo, sin embargo, marcar en forma definitiva la época de la post-guerra. Y esto no debería sorprender: con posterioridad a la época del nacionalsocialismo, existía una comprensible aversión a cambios de corte colectivista. Dicha aversión implicó un retorno al procedimiento civil “tradicional”, evitando considerar transformaciones estructurales. Entre 1950 y 1970, la literatura especializada – bastante escasa, por lo demás– gira en torno a la idea fundamental de la actividad de las partes, las que requieren de asistencia por parte del juez por razones prácticas. En esta época las discusiones sobre fundamentos ideológicos son prácticamente inexistentes¹⁷. Material para una discusión ideológica lo proporcionó recién la

¹⁴ **Lent**, “Wahrheits- und Aufklärungspflicht im Zivilprozeß” [Deber de verdad y de aclaración en el proceso civil], 1942, pgs. 16 y ss., 58 y ss., 76 y ss.; también, del mismo, “Die Verteilung der Verantwortlichkeiten unter Gericht und Parteien im Zivilprozeß” [La distribución de responsabilidades entre tribunal y partes en el proceso civil], Zeitschrift für Zivilprozeß [Revista de Derecho Procesal Civil, en adelante, ZZZP por su sigla en alemán], N° 63 (1943), pgs. 3 y ss.

¹⁵ Documentación exhaustiva en **Damrau**, op. cit. (nota al pie 13), pgs. 408 y ss., especialmente 449 y ss.

¹⁶ Cfr., **Damrau**, op.cit., (nota al pie 13), pgs. 489 y ss., con referencias bibliográficas; véase, por todos **Bernhardt**, “Die Aufklärung des Sachverhalts im Zivilprozeß” [La aclaración de los hechos en el proceso civil], Festgabe Leo Rosenberg [Libro en homenaje a Leo Rosenberg], 1949, pgs. 9 y ss.

¹⁷ Cfr. **Baur**, “Die Vorbereitung der mündlichen Verhandlung im Zivilprozeß” [La preparación de la audiencia oral en el proceso civil], ZZZP, N° 66 (1953), pgs. 209 y ss.; del mismo, “Richterliche

aplicación de la idea de Estado social al proceso civil¹⁸, junto con la exigencia de un procedimiento justo. La parte procesal socio-económicamente más débil fue la preocupación primordial de la discusión sobre el acceso a la justicia; al descubrimiento de la “barrera de las costas”¹⁹ le siguió el descubrimiento de la “barrera lingüística”²⁰ y,

Hinweispflicht und Untersuchungsgrundsatz” [Deber de indicación del juez y principio inquisitivo], en: Rechtsschutz im Sozialrecht [Protección jurídica en el Derecho social], 1965, pgs. 35 y ss.; **Kuchinke**, “Freiheit und Bindung des Zivilrichters in der Sachaufklärung” [Libertad y vinculación del juez en la aclaración de la cuestión], en Arbeiten zur Rechtsvergleichung [Trabajos de Derecho comparado] (editado por E. v. Caemmerer), 1966, pgs. 15 y ss., 19 y ss.; del mismo, “Die vorbereitende richterliche Sachaufklärung (Hinweispflicht) im Zivil- und Verwaltungsprozeß” [La aclaración preparatoria (deber de indicación) en el proceso civil y administrativo], en Juristische Schulung [Revista Formación Jurídica, en adelante, JuS, por su sigla en alemán], 1967, pg. 295; **Siegert**, “Die §§ 139, 286 y 287 in der neuesten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs” [Los §§ 139, 286 y 287 en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo Federal], en Neue Juristische Wochenschrift [Nuevo semanario jurídico, en adelante, NJW por su sigla en alemán], 1958, pg. 1025; **Rimmelspacher**, “Zur Prüfung von Amts wegen im Zivilprozeß” [Sobre la prueba de oficio en el proceso civil], 1968, pgs. 23 y ss.; **E. Schneider**, “Die richterliche Aufklärungspflicht (§ 139 ZPO)” [El deber de aclaración del juez (§ 139 del ZPO)], en Monatsschrift für Deutsches Recht [Revista mensual sobre Derecho alemán, en adelante, MDR, por su sigla en alemán], 1968, pgs. 721 y ss.; **Spohr**, “Die richterliche Aufklärungspflicht (§ 139 ZPO) im Zivilprozeß” [El deber de aclaración del juez (§ 139 del ZPO) en el proceso civil], tesis doctoral de la Universidad de Gotinga, 1969; **W. Henckel**, “Prozeßrecht und materielles Recht” [Derecho procesal y Derecho material], 1970, pgs. 125 y ss.; 144 y ss.

¹⁸ Al respecto, véase: **Brüggemann**, “Judex statutor und judex investigator”, 1968, pgs. 125 y ss., especialmente pgs. 159 y ss. y 179 y ss.; **Wassermann**, “Der soziale Zivilprozeß” [El proceso civil social], 1978, especialmente pgs. 68 y ss.; **Eike Schmidt**, “Von der Privat- zur Sozialautonomie” [De la autonomía privada a la autonomía social], en Juristenzeitung [Revista jurídica, en adelante, JZ por su sigla en alemán] 1980, pgs. 153 y ss., 155 y 157; **E. Schneider**, “Die Belehrungspflicht in der Teilungsversteigerung” [El deber de información en el procedimiento de partición forzosa de un inmueble], en MDR, 1977, pgs. 353 y ss., 355, columna derecha. Por cierto que este nuevo movimiento del Derecho Procesal Social se vincula con corrientes de pensamiento bien conocidas: **Anton Menger**, “Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen” [El Derecho Civil y las clases desposeídas], 4ª. ed., 1908, especialmente pg. 34; **Klein**, “Pro futuro. Betrachtungen über Probleme der Zivilprozeßrechtsreform in Österreich [Pro futuro. Consideraciones sobre problemas de la reforma del Derecho Procesal Civil en Austria], 1891, especialmente pgs. 19 y ss.

¹⁹ El primero, probablemente, **Fechner**, “Kostenrisiko und Rechtswegsperre – steht der Rechtsweg offen?” [El riesgo de las costas y barreras para el acceso a la Justicia – ¿está abierta la vía judicial?], JZ, 1969, pgs. 349 y ss.

²⁰ Cfr. **Ostermeyer**, “Schwierigkeiten beim Zugang zur Rechtspflege am Beispiel der Verständigung zwischen Bürger und Gericht”, [Dificultades en el acceso a la Administración de Justicia a la luz de la comunicación entre los ciudadanos y el tribunal], en Loccumer Protokolle 6/1974, pgs. 117 y ss.; **Menne**, “Sprachbarrieren und Rationalisierung im Zivilprozeß”, [Barreras lingüísticas y racionalización en el proceso civil], en ZZP N° 88 (1975), pgs. 263 y ss.

en general, de las menores probabilidades de éxito en el proceso a las que se enfrentaban las clases sociales más bajas²¹. La exigencia de protección social en el proceso se ha convertido, en el intertanto, en un elemento esencial del llamado “Proceso Civil Social”²², cualquiera sea el sentido que se le asigne a dicha expresión. Esta tendencia “social” tuvo efectos importantes sobre la jurisprudencia, particularmente en el énfasis que se debe dar a los deberes de aclaración del juez. Fue el Tribunal Constitucional el que, de hecho, señaló en las famosas decisiones sobre el procedimiento de venta judicial forzosa²³, que un procedimiento justo en el marco de un Estado de Derecho, requiere que los jueces señalen a las partes que pueden presentar solicitudes al tribunal para obtener la tutela de un determinado derecho, en caso de que éstas no lo hayan hecho. Sin embargo, el mismo tribunal relativizó un tanto este amplio deber de asistencia judicial para el procedimiento común de lato conocimiento, a propósito de una resolución dictada en un caso de responsabilidad médica²⁴; si bien esta última fue adoptada con los votos de sólo la mitad de los jueces que integraban la Sala del Tribunal. La literatura crítica de la jurisprudencia, representada especialmente por Wassermann²⁵, contrapone a esta concepción social progresista del proceso y su mayor actividad judicial, una concepción conservadora más liberal, que no logra librarse de la figura de un juez pasivo y contemplativo, propia de sus prejuicios liberales y de sus nociones dogmáticas. La problematización de la cuestión al nivel de política

²¹ Documentación exhaustiva en **Baumgärtel**, “Gleicher Zugang zum Recht für alle” [Acceso igualitario al Derecho para todos], 1976.

²² Cfr. **Wassermann**, op.cit. (nota al pie), passim, especialmente pg. 73.

²³ **Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichtes** [Recopilación de sentencias del Tribunal Constitucional Federal alemán, en adelante, **BVerfGE** por su sigla en alemán] 42, 64, 74 y ss. [El sistema que utiliza el autor para citar las sentencias del Tribunal Constitucional consiste en identificar en primer lugar el tomo en que figura la sentencia en cuestión (en este caso, el tomo 42); luego, la página del tomo donde comienza el fallo (en este caso, la página 64), y finalmente, la página en que se encuentra la cita específica (en este caso, 74). Dicho sistema de citas se mantiene en adelante.]. En **BVerfGE** 46, 325, 335 y ss. y 49, 220, 225 y ss. se exige, yendo incluso más allá, una conducción del proceso que permita, incluso, a partes negligentes la posibilidad de presentar solicitudes para la tutela de sus derechos.

²⁴ **BVerfGE** 52, 131, 160 y ss.

²⁵ **Wassermann**, op.cit. (pie de página 18), pgs. 27 y ss., 49 y ss. y 68 y ss., pero también, por ej., **Eike Schmidt**, op.cit. (pie de página 18), pgs. 155 y 157.

jurídica no está, en mi opinión, justificada; entender que la actividad judicial es una evolución propia del Estado social no es más que engañarse a sí mismo. La tensión entre el poder del juez y el control del proceso por las partes ha sido reconocida en la mayoría de las etapas históricas y prácticamente en todas las culturas jurídicas, y ha sido resuelta mayoritariamente en el sentido de un equilibrio. Las soluciones “puras” (en uno u otro sentido) son escasas; donde tienen o han tenido defensores, ello ha ocurrido generalmente sólo a nivel teórico. El cambiante énfasis de la solución de equilibrio a lo largo de la historia y en las diversas culturas jurídicas, debiera dar pie para mantenerse cuidadosos y humildes respecto a la pretensión de verdad o de corrección, y a no iniciar cruzadas para aumentar el poder del juez o de las partes cada tres años²⁶.

Fundamentos y cuestiones básicas de la aclaración judicial

1. La relatividad del conflicto entre la responsabilidad del juez y de las partes en la historia jurídica y en Derecho comparado

El equilibrio en el Código Procesal Civil “liberal”

²⁶ Aunque **Wassermann** reconoce las limitaciones históricas y busca la solución apropiada, en última instancia, en el equilibrio entre la actividad del juez y de las partes (op.cit. nota al pie 18, pgs. 18 y sgtes., especialmente 32 y sgtes., 49 y sgtes. y 84 y sgtes.), se aprecia ocasionalmente en él un cierto apasionamiento ideológico, como cuando califica opiniones divergentes en meros aspectos de detalle, como propias de “concepciones procesales obsoletas”. Así, por ejemplo, la cuestión relativa a si el juez debe o no actuar para lograr la cesión de derechos litigiosos cuando falta la legitimación activa, no depende de los principios a los que se adscriba, sino que es una cuestión de la “justa medida”, que difícilmente puede responderse en forma generalmente válida. ¡Dichoso aquel que conoce la verdad absoluta (op.cit. pgs. 174 y 175) y siente que el progreso científico está de su lado! Demasiado comprometido también, para mi gusto, **E. Schneider**, en Deutsche Richterzeitung [Revista judicial alemana, en adelante, DRiZ, por su sigla en alemán], 1980, pgs. 220 y sgtes., en su discusión con **Prütting**, en NJW, 1980, pgs. 361 y sgtes.

La crítica al Código Procesal Civil alemán de corte liberal olvida frecuentemente que la antigua redacción de dicho Código ya contenía las disposiciones fundamentales sobre la actividad judicial²⁷; éstas no fueron, por lo tanto, introducidas mediante modificaciones posteriores²⁸. El § 130 del Código Procesal Civil de 1877 establecía: “El (Juez) Presidente debe formular las preguntas necesarias para aclarar solicitudes confusas, para complementar datos sobre los hechos que se han introducido en la causa, para determinar más claramente los medios de prueba y, en general, para obtener las aclaraciones necesarias que permitan la determinación de las circunstancias de hecho.”. En el procedimiento de primera instancia de aquella época regía ya la regla (§ 464 del Código Procesal Civil de 1877) de que: “En el procedimiento oral, el tribunal debe propender a que las partes declaren todo lo que sea necesario en relación a los hechos sustanciales que se han hecho valer, y a que presenten las solicitudes que sean pertinentes.”. De acuerdo a los §§ 132-135 del Código Procesal Civil de 1877, podía también el juez, para efectos de aclarar las circunstancias, ordenar la comparecencia personal de las partes, decretar que se acompañen documentos o expedientes o disponer de oficio la rendición de prueba testimonial o de peritos. La reforma de 1909 acentuó los deberes judiciales de aclaración (§ 502 I): “En el procedimiento oral debe el tribunal discutir con las partes las cuestiones de hecho que sean objeto de la controversia, propendiendo a que éstas expliquen todo cuanto tengan que señalar sobre los hechos sustanciales, y a que presenten las solicitudes pertinentes.”. La reforma de 1924 dio su redacción definitiva al actual párrafo § 139 del Código Procesal Civil, haciéndolo aplicable a todos los procedimientos y contemplando una autorización para impartir órdenes a efectos de preparar la litis (§ 272 b del Código Procesal Civil de 1924). Dicha reforma, sin embargo, implicó una extensión de la competencia en términos temporales, pero no objetivos. El aporte de la reforma de 1976 está dado por el § 358 a (providencia probatoria con anterioridad a la audiencia oral) y por el § 278 III (prohibición de una

²⁷ Por todos, **Bettermann**, “Hundert Jahre Zivilprozeßordnung – Das Schicksal einer liberalen Kodifikation” [Cien años del Código Procesal Civil – El destino de una codificación liberal], en ZJP, N° 91 (1978), pgs. 365 y 389/390.

²⁸ Buena exposición de la historia del proceso en **Brüggemann**, op.cit (nota al pie 18), pgs. 53 y sgtes., especialmente pg. 64.

decisión “sorpresiva”). En cien años de historia jurídica, que comprenden la transición del Estado liberal al Estado social, hubo, por lo tanto, sólo diferencias en los énfasis y nada más –nada más era necesario.

El equilibrio en la historia del proceso

Se ha dicho que muchos tipos de proceso que antecedieron o influyeron en el actual Código Procesal Civil, prescindieron por completo de la aclaración judicial. Dicha afirmación, sin embargo, no es completamente cierta y, en todo caso, refleja sólo lo ocurrido en determinadas épocas. Aún hoy se parte de la base de que el procedimiento de la época clásica de Roma (procedimiento de las legis actiones y formulario), no conoció una facultad de aclaración judicial, aunque eso no está del todo claro en algunos casos particulares²⁹. Pero a más tardar a partir del procedimiento post-clásico y justiniano, se introdujeron elementos propios de la actividad de aclaración judicial y de apoyo a las partes. El procedimiento germánico no conoció elementos de aclaración judicial al principio, puesto que su objetivo no consistía en descubrir la verdad, sino que proteger el honor; de acuerdo a los conocimientos con que se cuenta hoy, es posible afirmar, no obstante, que el procedimiento de los francos ya contenía elementos inquisitivos³⁰. El procedimiento itálico-canónico era una manifestación relativamente pura del dominio del proceso por las partes, si bien también acá es posible encontrar,

²⁹ Cfr. **Wenger**, “Institutionen des Römischen Zivilprozeßrechts” [Instituciones del Derecho Procesal Civil romano], 1925, pg. 193, 291; **Simon**, “Untersuchungen zum Justinianischen Prozeß” [Investigaciones sobre el proceso justiniano], 1969, pgs. 375/376; **Kaser**, “Das römische Zivilprozeßrecht”, en *Handbuch der Altertumswissenschaft*, [El proceso civil romano. Manual de la antigüedad clásica] X parte, sección 3, tomo 4., 1966, pg. 87, 274, 275, 389, 421, 485; una buena visión general en **Musielak**, “Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozeß” [Los fundamentos de la carga probatoria en el proceso civil], 1975, § 8, pgs. 191 y sgtes., especialmente 196, 197, 200 y 202.

³⁰ Para todo véase **Mitteis-Liebrich**, “Deutsche Rechtsgeschichte” [Historia del Derecho alemán], 16ª. ed., 1981, Cap. 10 II y III, pgs. 41 y sgtes.; Cap. 19 II, pgs. 94 y sgtes.; Cap. 20 II 2b, pgs. 104 y sgtes.; **Planitz-Eckhardt**, “Deutsche Rechtsgeschichte” [Historia del Derecho alemán], 4ª. ed., 1981, § 15, pgs. 62 y sgtes.; § 32, pgs. 111 y sgtes.

en general, indicios de actividad judicial, que tendían a la igualdad entre éstas³¹; posteriormente, en el procedimiento simplificado se instituyó, especialmente con la “Clementina Saepe” (1306), el derecho de pregunta para el juez³², que tenía como finalidad acelerar el avance del procedimiento. Respecto del procedimiento ordinario propio del Derecho común que rigió en Alemania, es posible afirmar que el principio del “iudex ex officio non procedit” tenía muchas excepciones³³ y que para el caso del “processus summarius indeterminatus”, esto es, del procedimiento contemplado para los tribunales de primera instancia, derechamente no rigió³⁴. La tendencia contraria seguía la Ordenanza General de Tribunales de los Estados Prusianos (*Allgemeine Gerichtsordnung für die Preußischen Staaten*) (1793), cuyo principio rector era la instrucción judicial³⁵, sin perjuicio de dejar amplios espacios al dominio de las partes (reconocimiento de la pretensión³⁶, confesión³⁷, la rebeldía³⁸ o el hecho de no

³¹ Para todo véase, fundamentalmente, **K.W. Nörr**, “Zur Stellung des Richters im gelehrten Prozeß der Frühzeit: Judex secundum allegata non secundum conscientiam iudicat” [Sobre la posición del juez en el procedimiento docto de la época temprana: judex secundum allegata non secundum conscientiam iudicat], 1967.

³² **Sägmüller**, “Lehrbuch des Katholischen Kirchenrechts” [Tratado de Derecho eclesiástico católico], tomo II, 1914, § 171 III, pg. 329; sobre la expansión y popularidad de este procedimiento; **Trusen**, “Anfänge des gelehrten Rechts in Deutschland” [Comienzos del Derecho docto en Alemania], 1962, pg. 57. El texto se encuentra en **Friedberg**, “Corpus Iuris Canonici, Pars Secunda. Decretalium Collectiones.”, Leipzig, 1879; reimposición: Graz, 1959, pg. 1200

³³ Cuando **Conrad** sostiene en su obra “Deutsche Rechtsgeschichte” [Historia del Derecho alemán], tomo II, 1966, pg. 457, que el procedimiento común estaba dominado por el principio de aportación de partes, no está en absoluto equivocado. Sin embargo, **Bomsdorf**, invocando particularmente a Justus Henning Boehmer (“De iudice procedente ex officio in causa civili”, en *Exercitationes ad Pandectas*”, 1747, pgs. 599 y sgtes.), ha afirmado recientemente en “Prozeßmaximen und Rechtswirklichkeit” [Máximas procesales y realidad jurídica], 1971, pgs. 23-64, de manera convincente, que el procedimiento ordinario dejaba bastante espacio a la actividad del juez.

³⁴ **Carpzov**, “Jurisprudentia forensis Romano-Saxonica”, editio IV, 1663, I, II, XVII, números de párrafo 2, 3, pg. 22 columna izquierda; **Bomsdorf**, op.cit (nota al pie 33), pg. 30.

³⁵ *Allgemeine Gerichtsordnung für die Preußischen Staaten* [Ordenanza General de Tribunales de los Estados Prusianos, en adelante, AGO por su sigla en alemán], Introducción, §§ 4 y sgtes. y 34.

³⁶ AGO, 1, 6, § 14 N° 1; 1, 10, § 125.

³⁷ AGO 1, 10, §§ 82 y sgtes.; 3, 3, § 27.

controvertir en forma sustancial³⁹, asimilados ambos en sus efectos a la confesión). El procedimiento prusiano del siglo XIX y las regulaciones procesales de los demás Estados alemanes contemplaron en su gran mayoría un equilibrio entre las facultades procesales del juez y de las partes; era posible encontrar facultades judiciales de pregunta y aclaración, generalmente también para decretar de oficio inspección ocular del tribunal y solicitar informes de peritos e incluso la posibilidad de solicitar de oficio la remisión de otros expedientes judiciales. Particularmente digno de atención es el hecho de que en los procedimientos ante los tribunales inferiores la tendencia tradicional y mayoritaria estaba dada por una actividad judicial reforzada⁴⁰.

Como puede verse, la historia del proceso, esbozada aquí sólo en términos muy generales, muestra un cambio constante y configuraciones muy disímiles. Poco o nada es nuevo, ni siquiera la concepción de la actividad judicial como un “acto de beneficencia” para el hombre “sencillo”. Pero por sobre todo se impone la cautela para no establecer relaciones demasiado directas entre corrientes y desarrollos históricos, y los diferentes énfasis que se atribuye a la actividad judicial o de las partes. Este cambio en los énfasis refleja, además de la “*variatio delectat*” propia de la historia, los esfuerzos por remediar los inconvenientes que se habían generado al exagerar la importancia de uno de los dos componentes.

El equilibrio en la legislación comparada

Una mirada a las regulaciones procesales extranjeras muestra un cuadro parecido, siendo necesario, eso sí, tomar como punto de partida su situación actual. El procedimiento *inglés* es conocido por ser una manifestación relativamente pura del “proceso de partes”. Desde el punto de vista teórico, esta afirmación es sin duda

³⁸ AGO Introducción, § 14; 1, 9, § 44.

³⁹ AGO 1, 8, § 10.

⁴⁰ Buen tratamiento en **Bomsdorf**, op.cit (nota al pie 33), pgs. 193-241.

correcta. En la práctica, sin embargo, es posible afirmar que el desarrollo del proceso está fuertemente influido por la gran autoridad de la figura del juez inglés y del “Master”, la cual, aun sin existir un deber formal de indicación, determina que simples sugerencias o insinuaciones sean suficientes para que las partes introduzcan modificaciones a la demanda o aporten determinados medios de prueba⁴¹. Tampoco le está prohibido al juez hacer preguntas aclaratorias⁴², especialmente durante la etapa de prueba y la discusión de los problemas jurídicos queda por completo entregada a las exigencias de la práctica⁴³. El nuevo Derecho Procesal Civil francés ha incrementando de tal forma las facultades del juez para preguntar e intervenir en la etapa de recepción de la prueba (inspección ocular, elección del perito y citación de las partes) y en la preparación del debate, que se asemeja al proceso alemán; esto, a pesar de que originalmente el proceso francés se hallaba fuertemente inserto en la tradición del proceso dominado por las partes⁴⁴. Similar es la situación en el reformado procedimiento civil belga⁴⁵. El procedimiento civil suizo, con sus regulaciones procesales cantonales, toma generalmente como base el dominio del proceso por las partes, pero es demasiado práctico como para prohibir al juez hacer preguntas o sugerencias, o realizar, en general, todas aquellas actividades que permitan aclarar de mejor manera la verdad sobre los hechos⁴⁶. El proceso civil austríaco, fuertemente

⁴¹ **Lord Lloyd of Hamstead**, en Cappelletti y Tallon, “Fundamental guarantees of the parties in civil litigation”, 1973, pgs. 800/801.

⁴² **J.A. Jolowicz**, en op.cit (nota al pie 41), pg. 163.

⁴³ En la Court of Appeal [N. del T.: en Inglaterra y Gales, corresponde a la categoría de tribunales que vienen inmediatamente debajo de la Supreme Court, el tribunal de mayor jerarquía en el sistema jurídico británico], pudo el autor observar a Lord Denning, Master of the Rolls [N del T.: Presidente de la división civil de la Court of Appeal], en un intenso diálogo con el barrister: mediante reparos u objeciones disfrazados de pregunta, los jueces (Lords) daban a entender su visión del asunto, obligando a los barrister a precisar los términos de la controversia y a debatir determinadas cuestiones.

⁴⁴ **Chartier**, en ZZP, N° 91 (1978), pgs. 286 y sgtes., 296 y sgtes.

⁴⁵ **Krings**, en ZZP, N° 90 (1977), pgs. 245, 246, 251 y 253.

⁴⁶ Cfr. **Guldener**, “Schweizerisches Zivilprozeßrecht” [Derecho Procesal Civil suizo], 3ª ed., 1979, §16 II 5, pg. 165 y sgte; **Kummer**, “Grundriß des Zivilprozeßrechts” [Compendio de Derecho Procesal Civil], 3ª. ed., 1978, pg. 78 y sgte.; **Habscheid**, en ZZP, N° 94 (1981), pgs.

influido por las ideas de reforma social de Franz Klein, si bien en principio exige al juez actuar de oficio para aclarar las circunstancias de hecho⁴⁷, no constituye una manifestación pura del principio inquisitivo, por cuanto existen limitaciones a las actuaciones de oficio del juez en materia de prueba de testigos y documental⁴⁸. Además, la parte que litigue en forma equivocada está expuesta a un estricto sistema de rebeldía y preclusiones⁴⁹. En el proceso civil *italiano* rige en principio el dominio procesal de las partes; sin embargo, el juez cuenta, en forma similar a lo que ocurre en Alemania, con la facultad de formular preguntas y la posibilidad de realizar actuaciones probatorias de oficio⁵⁰.

En los *estados socialistas* de Europa del Este y en la República Democrática Alemana*, la investigación judicial de los hechos representa la concreción de un mandato legal y también un dogma. En la República Democrática Alemana, los tribunales están obligados a aclarar las circunstancias de hecho y a investigar para llegar a la verdad; en relación con las partes, pesan sobre los jueces amplios deberes de aclaración, pregunta, indicación e información⁵¹. Pero también deben ir más allá,

236 y sgtes, 259/260; **Walder-Bohner**, "Der neue Zürcher Zivilprozeß" [El nuevo proceso civil de Zúrich], 1977, pgs. 187 y sgtes.

⁴⁷ §§ 182, 183 y 496 I N° 2 del Código Procesal Civil austríaco [Österreichische Zivilprozeßordnung, en adelante, ÖZPO por su sigla en alemán]; sobre lo mismo, **Fasching**, "Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen" [Comentario sobre las leyes procesales civiles], tomo II, 1962, pg. 858; **Sprung**, en ZZP, N° 92 (1979), pgs. 4 y sgtes., 19.

⁴⁸ § 183 II ÖZPO

⁴⁹ §§ 144, 146 y sgtes., 396 y sgtes. y 263 ÖZPO; sobre todo esto véase el panorama en **Sprung**, ZZP, N° 92 (1979), 4 y sgtes., especialmente 19.

⁵⁰ Cfr. los arts. 183 II y 61-64, 191-198, 118, 213 y 117 del Código Procesal Civil italiano [Codice di Procedura Civile]; sobre todo este tema véase **Nicolò Trocker**, ZZP, N° 91 (1978), pgs. 237 y sgtes., 238/239, especialmente la nota al pie 3; **Denti**, "Le rôle actif du juge", en Rapports nationaux italiens au IX Congrès International de Droit Comparé, Teheran 1974, Milano 1974, pgs. 291 y sgtes., 294 y 296.

* N. del T.: Cabe señalar que el libro fue escrito en 1981, con anterioridad a la reunificación alemana y a la caída de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas.

⁵¹ § 2 II y III del Código Procesal Civil de la República Democrática Alemana, de 1975 (Zivilprozeßordnung der Deutschen Demokratischen Republik, en adelante, ZPO DDR, por su sigla en alemán).

averiguando las causas del conflicto y propendiendo, a través del análisis crítico judicial, a la superación de problemas que excedan incluso la decisión del caso particular⁵². La recepción de medios de prueba se realiza de oficio⁵³. Junto con el deber de cooperación de las partes⁵⁴, existe también un derecho a intervenir en el caso del fiscal⁵⁵, que se hace extensivo también a los sindicatos⁵⁶ en las causas laborales. La disposición de las partes está limitada por las facultades de investigación judicial⁵⁷ y por los derechos de oposición de la fiscalía⁵⁸. De manera que por mucho que en la República Democrática Alemana impere el principio inquisitivo⁵⁹, la actividad de las partes se mantiene, tal como ocurre también en los demás Estados socialistas, como un pilar fundamental del procedimiento; de lo contrario sería imposible⁶⁰ una conducción procesal efectiva y la carga de investigación estatal sería por regla general demasiado elevada.

En general puede decirse que también en otros países liberales las soluciones “puras” son extremadamente raras y que, cuando se han dado, han sido rápidamente modificadas por la práctica. En los Estados socialistas, la magnitud de la solución de compromiso a la que se ha llegado depende del grado de ideologización que exista,

⁵² § 2 IV ZPO DDR.

⁵³ § 54 I ZPO DDR.

⁵⁴ § 3 I, oraciones 2ª. y 3ª, ZPO DDR.

⁵⁵ §§ 7 y 30 II-V ZPO DDR.

⁵⁶ §§ 5 II, III, y 32 III ZPO DDR.

⁵⁷ §§ 29 y 46 III ZPO DDR.

⁵⁸ §§ 30 IV 2, 160 I y II; 83 I y 150 III ZPO DDR.

⁵⁹ Sobre todo, **Brunner**, NJW 1977, pgs. 177 y sgtes; **Zettel**, “Der Beibringungsgrundsatz” [El principio de aportación], 1977, pgs. 60 y sgtes.

⁶⁰ Para todos los Estados socialistas, **Névai**, ZZZP, N° 94 (1981) pgs. 165 y sgtes., especialmente 170/171. La cuestión relativa a si existe una sanción más efectiva para la rebeldía que los perjuicios procesales, propia del proceso liberal, es una cuestión que, en mi opinión, es dudosa.

que varía en cada época y de nación en nación, y que depende, además, del ámbito específico del que se trate^{60a}.

Equilibrio en las regulaciones procesales alemanas – Comparación interna en Alemania

El cuadro no cambia al realizar comparaciones al interior de Alemania, cotejando el procedimiento ordinario del Código Procesal Civil y de la Ley sobre Tribunales Laborales [*Arbeitsgerichtsgesetz*] con otros procedimientos, que encomiendan al juez la investigación de oficio de las circunstancias de hecho⁶¹. En estos últimos casos, rara vez tiene el juez facultades que excedan las de mandar llamar a las partes, de exigir la presentación de los medios de prueba aportados por éstas y del derecho a ser asistido por otros órganos judiciales o administrativos. Si bien las partes no tienen la carga de realizar afirmaciones o aportar pruebas, según la opinión mayoritaria, la actuación descuidada de una de ellas disminuye, por regla general, la responsabilidad del juez en la investigación de los hechos. Cuando las partes, aun después de una indicación del juez, no han complementado su exposición en forma suficiente, el tribunal sólo está obligado a hacer uso de aquellos medios de prueba a los que sea fácil acceder, sin poner en marcha nuevas y complejas investigaciones. Finalmente, la decisión que se adopte debe ser consistente con la carga de prueba que recaía sobre las partes⁶². Un

^{60a} Sobre la relatividad del conflicto entre el poder de las partes y el del juez en el Derecho comparado, véase especialmente **Cappelletti**, op.cit. (nota al pie 41), pgs. 661 y sgtes., 746-751.

⁶¹ §§ 24 de la Ley sobre procedimiento administrativo [*Verwaltungsverfahrensgesetz*], 86 de la Ordenanza de Tribunales Administrativos [*Verwaltungsgerichtsordnung*], 103 de la Ley sobre Tribunales para Cuestiones de Previsión Social [*Sozialgerichtsgesetz*], 76 I de la Ordenanza de los Tribunales Financieros [*Finanzgerichtsordnung*]; 616, 640, 653 del ZPO; 12 de la Ley sobre asuntos no contenciosos [*Freiwillige Gerichtsbarkeitsgesetz*]; 621 a del ZPO y 12 de la Ley sobre asuntos no contenciosos [*Freiwillige Gerichtsbarkeitsgesetz*].

⁶² Cfr. **Kopp**, “*Verwaltungsverfahrensgesetz*” [Ley sobre procedimiento administrativo], 2ª. ed., 1980, § 24, párrafo N° 18; **Eyermann-Fröhler**, “*Verwaltungsgerichtsordnung*” [Ordenanza sobre tribunales administrativos], 8ª. ed., 1980, § 86, párrafo 5; **Tipke-Kruse**, “*Abgabenordnung y Finanzgerichtsordnung*” [Ordenanzas sobre tributos y sobre tribunales financieros], 10ª. ed., versión de 1980, § 76 de la Ley sobre Tribunales Financieros, párrafo 7; **Baur-Wolf**,

deber de investigación exhaustiva y totalmente independiente de las partes puede encontrarse solamente en procedimientos en que lo debatido tiene una naturaleza auténticamente existencial, por ejemplo, decisiones sobre el cuidado parental o sobre interdicción, que se asemejan en ese sentido al proceso penal⁶³. Incluso en el proceso penal existen situaciones en las que, a pesar de recibir plena aplicación el principio inquisitivo y de existir un conjunto especial de herramientas de investigación para las autoridades, únicamente la actividad de las partes resulta útil: el acusado que ha sido declarado culpable en virtud del testimonio de tres o cuatro testigos verídicos tiene, en los hechos, la carga de la prueba si es inocente y pretende revertir la convicción del tribunal⁶⁴.

En conclusión, puede decirse que en cualquier procedimiento la averiguación de la verdad sólo es posible cuando las partes y el juez actúan conjuntamente. La discusión acerca del equilibrio correcto no debería encumbrarse a niveles ideológicos,

“Grundbegriffe des Rechts der freiwilligen Gerichtsbarkeit” [Conceptos fundamentales del Derecho de los asuntos no contenciosos], 2ª. ed. 1980, § 3 III; **Bumiller-Winkler**, “Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit” [Ley sobre asuntos no contenciosos], 3ª. ed., 1980, § 12, nota 7 a; **Keidel-Kuntze-Winkler**, “Freiwillige Gerichtsbarkeit” [Jurisdicción no contenciosa], parte A, 11ª. ed., 1978, § 12 de la Ley sobre causas no contenciosas, párrafo 54. Para el procedimiento en materia de monopolios, **Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen** [Compendio de decisiones del Tribunal Supremo Federal en cuestiones civiles, en adelante, BGHZ por su sigla en alemán] 51, 371, 377 [el sistema de citas es el señalado a propósito de las decisiones del Tribunal Constitucional alemán, en la nota al pie 23]. En general, **Grunsky**, “Grundlagen des Verfahrensrechts” [Fundamentos de Derecho Procesal], 2ª. ed., 1974, § 19 II, pg. 175; **Kollhosser**, “Zur Stellung und zum Begriff der Verfahrensbeteiligten im Erkenntnisverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit” [Sobre la posición y el concepto de los interesados en el procedimiento no contencioso], 1970, pgs. 126 y sgtes. La opinión contraria, en general, **Bettermann**, “Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages” [Discusiones de las 46. Jornadas de la Asociación de juristas alemanes], tomo II, 1967, pgs. 26 y sgtes., 35 y sgte.; **Habscheid**, “Freiwillige Gerichtsbarkeit” [Jurisdicción no contenciosa], 6ª. ed., 1977, §19 II; de acuerdo con lo expuesto aquí, **Stein-Jonas-Schlosser**, “ZPO” [Código Procesal Civil], 20ª. ed., actualizada hasta diciembre de 1976, § 616, párrafo 9, y § 640, párrafo 33.

⁶³ Acertados en sus planteamientos al respecto, **Baur-Wolf** y **Kollhosser**, op.cit. (nota al pie 63).

⁶⁴ La dinámica de la carga de la prueba se pasa por alto si se niega toda carga de la parte demandada. Véase también **Jürgen Baumann**, “Grundbegriffe und Verfahrensprinzipien des Zivilprozeßrechts” [Conceptos fundamentales y principios del procedimiento del Derecho Procesal Civil], 2ª. ed., 1979, pg. 50.

teniéndose siempre presente que también soluciones divergentes tienen algo a su favor y que en algún lugar han sido o son actualmente aplicadas.

La actividad judicial en la dogmática procesal contemporánea

La relatividad de la controversia acerca del balance que debe existir entre la actividad del juez y la de las partes, podría suscitar la impresión de que para la adecuada aplicación del Código Procesal Civil no interesa tanto determinar en forma precisa la relación que existe entre el principio dispositivo, el principio de aportación de partes y la actividad del juez. Se trataría, en efecto, de una mezcla (“mixtum compositum”) entre los principios inquisitivo y de aportación de partes, que dejaría amplios espacios a la práctica judicial. Dicha postura me merece reparos⁶⁵. La fidelidad positivista en la aplicación de la ley no goza actualmente de gran popularidad; en cambio, la creación libre del Derecho despierta, a menudo, sentimientos más elevados. Con todo, se debería, al menos, conocer y comprender a cabalidad la ley antes que transgredirla. El Código Procesal Civil no es una mezcla confusa de elementos propios del principio de aportación de partes y de elementos inquisitivos, como se suele dar a entender⁶⁶. Antes bien, el mismo se halla completamente dominado por los principios dispositivo y de aportación de partes, particularmente en el caso del procedimiento

⁶⁵ La obra de **Bomsdorf**, “Prozeßmaximen und Rechtswirklichkeit” [Máximas procesales y realidad jurídica], 1971, sin duda meritoria desde el punto de vista histórico-jurídico, se deja llevar lamentablemente por esta tendencia; en ese sentido, está justificada la crítica de **Bettermann**, en ZZP, N° 88 (1975), pgs. 347 y sgtes.

⁶⁶ Muy claramente en el caso de **Nagel**, “Funktion und Zuständigkeit des Richters” [Función y competencia del juez], en *Humane Justiz* [Justicia humana], 1977, pgs. 53 y sgtes., 57 y sgtes.; **Bomsdorf**, op.cit (nota al pie 66), pg. 278; **Wassermann**, op.cit (nota al pie 18), pg. 108; documentación muy completa de los comentarios sobre las excepciones, atenuaciones, moderaciones, flexibilizaciones, limitaciones, reducciones, complementaciones o quebrantamientos del principio de aportación de partes en **Bathe**, “Verhandlungsmaxime und Verfahrenbeschleunigung bei der Vorbereitung der mündlichen Verhandlung” [Principio de aportación de partes y aceleración del procedimiento en la preparación de la audiencia oral], 1977, pgs. 29 y sgtes.

ordinario⁶⁷; la actividad judicial se limita a asistir a las partes en el cumplimiento de sus roles procesales⁶⁸. Los ataques que se dirigen contra la “reflexión en base a principios”, pretenden hacer creer que mediante éstos no es posible solucionar problemas concretos⁶⁹. En los principios procesales se materializa, empero, la intención del legislador⁷⁰; el recurrir a los principios para resolver problemas concretos no implica otra cosa que recurrir a los fundamentos de la ley, y con ello, en último término, a la analogía⁷¹. Al comienzo [del Código] figuran las disposiciones que dejan entregados a la voluntad de las partes el “sí” y el “sobre qué” del procedimiento, materializando así el principio dispositivo⁷²; asimismo, se encuentran disposiciones que exigen de las partes la exposición de los hechos y el señalamiento de los medios de prueba, convirtiendo el principio de aportación de partes en un principio fundamental legalmente consagrado⁷³. Afirmar esto no es una disquisición jurídico-conceptual carente de sentido, sino que el

⁶⁷ De una gratificante claridad, **Rosenberg-Schwab**, “Zivilprozeßrecht” [Derecho Procesal Civil], 13ª. ed., 1981, § 78 I 4, pgs. 434/435; **Jauernig**, “Zivilprozeßrecht” [Derecho Procesal Civil], 19ª. ed., 1981, § 25 VII y VIII, pgs. 73/74; **Bettermann**, op.cit. (nota al pie 27), pg. 391; **Deubner**, “Gedanken zur richterlichen Aufklärungs- und Hinweispflicht” [Reflexiones acerca de los deberes judiciales de aclaración e indicación], Festschrift für Schiedermaier [Libro en homenaje a Schiedermaier], 1976, pgs. 79 y sgtes., 85 y sgte.

⁶⁸ **Stürner**, “Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses” [El deber de aclaración de las partes en el proceso civil], 1976, § 6 II 3, pgs. 63/64. Por eso es cuestionable, en mi opinión, hablar de abrir “brechas” en el principio de aportación; así, sin embargo, al igual que muchos otros, **Zettel**, op.cit. (nota al pie 59), pgs. 69 y sgtes., con referencias bibliográficas.

⁶⁹ Cfr. **Bomdsdorf**, op.cit. (nota al pie 65), especialmente pg. 283; en sentido crítico, con toda razón, **Bettermann**, ZZP, N° 88 (1975), pgs. 347 y sgtes.

⁷⁰ **Baur**, “Zivilprozeßrecht” [Derecho Procesal Civil] 3ª. ed., 1979, párrafo 10.

⁷¹ Incluso **Wassermann**, op.cit. (nota al pie 18), pg. 109, reconoce que los principios fijan “puntos de referencia”. Junto con **Bettermann**, (Juristische Blätter [Periódico jurídico, en adelante JBI, por su sigla en alemán], 1972, pg. 63) este autor prefiere hablar de “principio de cooperación”. Tal concepto no debería llevar, en todo caso, a un debilitamiento del principio de aportación de partes; cfr. **Bettermann**, op.cit. (nota al pie 27), pg. 391; **Rosenberg-Schwab**, op. cit. (nota al pie 67), pg. 435; **Stürner**, “Verfahrensgrundsätze des Zivilprozesses und Verfassung” [Principios procesales del proceso civil y Constitución], Festschrift für F. Baur [Libro en homenaje a F. Baur], 1981, pgs. 647 y sgtes., 657; **Jauernig**, op.cit. (nota al pie 67), § 25 VIII 3, pg. 76.

⁷² Cfr. las notas al pie 1-7.

⁷³ Cfr. las notas al pie 8-10.

resultado de la simple lectura de la ley⁷⁴. El sentido del deber judicial de aclaración contemplado en los §§ 139 y 278 III del Código Procesal Civil, no implica que sea el juez, y no las partes, quien debe presentar peticiones, exponer hechos o introducir medios de prueba; él se limita a incitarlas a efectuar tales acciones. El juez no es un inquisidor, es un “asesor” de las partes, pero el deber de actuar recae sobre éstas. Por ello se ha señalado, con razón, que el deber de aclaración que contempla el Código Procesal Civil ha de entenderse como el deber de llamar la atención o dar indicaciones a las partes, pero no como un deber de investigar por sí mismo⁷⁵. En ese sentido, el sistema del Código Procesal Civil está libre de contradicciones y es de una perfecta consistencia; sólo hay que leerlo correctamente. Tal afirmación es igualmente válida para aquellos casos en que el juez puede llevar a cabo diligencias probatorias de oficio⁷⁶. Ello, por cuanto dichas diligencias se extienden solamente a los hechos que han sido introducidos al proceso por las partes, ya sea espontáneamente o por indicación del juez. En el evento de que las partes no ofrezcan prueba, el juez debe llamar la atención sobre dicha falta, provocando de esta forma la actividad de la parte. Pero en lugar de ello puede también –como una forma de acelerar el procedimiento– ordenar derechamente la rendición de prueba, siempre y cuando la materia sometida al tribunal sugiera determinados medios de prueba. Sólo esta interpretación de la cuestión permite comprender por qué la regla sobre la recepción de prueba de oficio es facultativa y no obligatoria. Sin el deber de indicación o de llamar la atención, esa facultad podría transformarse rápidamente en una puerta abierta a la arbitrariedad judicial o ser interpretada en términos de un deber, con lo cual, en la práctica, se

⁷⁴ Por lo mismo, es cuestionable afirmar que el principio de aportación de partes “no se encuentra formulado en parte alguna del Código Procesal Civil” (**Walter Zeiss**, “Zivilprozeßrecht” [Derecho Procesal Civil], 4ª. ed., 1980, § 27 I), o que esté “sobreentendido tácitamente en la ley” (**P. Arens**, “Zivilprozeßrecht” [Derecho Procesal Civil], 1978, párrafo 14), o bien, que el Código Procesal Civil “no reconoce en forma expresa el principio de aportación de partes” (**Jauernig**, op. cit. –nota al pie 67–, § 25 IV), etc. ¿Debe acaso el legislador añadir algo más a la exigencia de que sean las *partes* las encargadas de introducir los hechos y las pruebas?

⁷⁵ Cfr. **F. Baur**, op.cit. (nota al pie 17) “Rechsschutz im Sozialrecht”, pg. 35, nota al pie 2; **Kuchinke**, JuS, 1967, cit., pg. 296 nota, al pie 5; **Grunsky**, op.cit. (nota al pie 62), § 19 IV, pg. 178, nota al pie 28; **Stürner**, op.cit. (nota al pie 68), pg. 65.

⁷⁶ **Stürner**, op.cit. (nota al pie 68), § 6 IV, pgs. 67 y sgtes.

entraría de lleno en el terreno del principio inquisitivo⁷⁷. La comprensión correcta es que el juez, ante la falta de ofrecimiento de prueba, *puede* acelerar el procedimiento, pero *debe*, en todo caso, llamar la atención. De la “función sustitutiva” que cumple la recepción de prueba de oficio por el juez, se sigue, en consecuencia, que ésta no puede ir más allá de la rendición de prueba por las partes; esto resulta particularmente relevante para determinar si la obligación de presentar documentos que tiene la contraparte, de acuerdo con los §§ 143 y 273 del Código Procesal Civil, es más amplia que la contemplada en los §§ 422 y 423⁷⁸. En aquellos casos excepcionales, en que el poder del juez es más amplio que el de las partes, como ocurre en el § 448 del Código Procesal Civil, existe una fuerte limitación al poder discrecional del tribunal, que excluye la arbitrariedad⁷⁹.

El deber de indicación del juez sólo puede moverse razonablemente dentro del marco de la actividad de las partes, en la forma en que está predeterminada por la carga objetiva de la prueba⁸⁰. Siempre que el Código Procesal Civil se refiere a la actividad de las partes, existe una clara separación en cuanto a los hechos, concretamente, entre aquellos que justifican una pretensión y aquellos que justifican una excepción o una defensa, aun cuando esta separación ha sido muchas veces puesta en duda (cfr. los §§ 130 N° 3, 282 I, 331, 592, 597 del Código Procesal Civil). Dicha división se vincula con la distribución del riesgo en materia probatoria que contempla el Derecho material; el riesgo de que un hecho no resulte probado es lo que motiva a las partes a actuar. Esta división de los hechos materia del proceso no debería ser tildada como ajena a la vida real⁸¹, aun cuando algunas ciencias auxiliares postulan una visión unificadora y cercanía con el mundo real. La división de los hechos

⁷⁷ **Jauernig**, op.cit. (nota al pie 67), § 25 IV 3, pg. 68; **Grunsky** op.cit. (nota al pie 62), pg. 172.

⁷⁸ **Baur**, op.cit (nota al pie 17), ZZP, N° 66 (1953), pgs. 209 y sgtes., 216; **Stürner**, op.cit. (nota al pie 68), pgs. 68/69, con referencias bibliográficas; de opinión parcialmente contraria es ahora último **Bathe**, op.cit. (nota al pie 66), pgs. 139 y sgtes.

⁷⁹ Sobre esto, **Stürner**, op.cit. (nota al pie 68), pgs. 69/70, nota al pie 20, con referencias bibliográficas.

⁸⁰ Sobre el particular, **Stürner**, op.cit. (nota al pie 68), § 6 III 2, pgs. 64 y sgtes.

⁸¹ Crítico sobre este punto, a modo de ejemplo, **Bernhardt**, op.cit. (nota al pie 16), pg. 15.

del proceso canaliza la actividad de las partes, redundando en la división del trabajo, con lo cual no se sobrecarga a ninguna de las partes, puesto que lo que se exige de ellas es únicamente verosimilitud y no verdad e integridad (§ 138 I)⁸². En este sistema de la distribución del trabajo, el deber de indicación o de llamar la atención se inserta como un apoyo y no como un obstáculo. Esto significa que el juez debe formular indicaciones en primer lugar a la parte que tiene la carga de la afirmación y de la prueba; a la parte sobre la que no recae la carga de la prueba sólo se le pueden hacer indicaciones en dos casos: en primer lugar, en virtud del deber que tiene esa parte de aclarar ciertos hechos conforme al § 138 II, y en segundo lugar, en el marco de los deberes de facilitar la actividad probatoria de su contraria (§§ 422, 423 y 445)⁸³. Así, por ejemplo, frente a una afirmación que omita las razones de hecho y de Derecho en que se funda, sobre la adquisición de mala fe de una letra de cambio⁸⁴, la parte sobre la que no recae la carga de la prueba no está obligada, ni siquiera cuando medie una indicación del juez, a explicar la forma en que adquirió dicha letra ni a señalar medios de prueba al respecto. El juez debe, en primer lugar, obtener de la parte sobre la que recae la carga de la prueba una afirmación fundada y, dentro del marco de lo razonable, medios de prueba pertinentes; sólo a partir de la concurrencia de dichos elementos puede nacer, bajo determinadas circunstancias, un deber de aclaración para la parte contraria⁸⁵. En mi opinión, esto se aplica también en el caso de la orden de comparecencia personal del § 141 del Código Procesal Civil. En tal caso se da a las partes la posibilidad de hacer de inmediato afirmaciones basadas, ya sea en su conocimiento o en suposiciones, y de corregir o aclarar errores o pasajes oscuros de su exposición. Pero ello no implica que, haciendo uso de su facultad de preguntar personalmente al demandado, el juez pueda transformar afirmaciones infundadas o

⁸² Por todos, **Rosenberg-Schwab**, op.cit. (nota al pie 67), § 65 VIII 3 y 4; **Jauernig**, op.cit. (nota al pie 67), § 25 VIII 2, pg. 75.

⁸³ Sobre los deberes de colaboración de la parte que no tiene la carga de la prueba, **Stürner**, op.cit. (nota al pie 68), § 10, pgs. 134 y sgtes.

⁸⁴ Decisión del Tribunal Supremo Federal, en NJW 1968, pg. 1233.

⁸⁵ Exhaustivo análisis sobre las condiciones para que exista un deber de aclaración para la parte que no tiene la carga de la prueba, en **Stürner**, op.cit. (nota al pie 68), § 9 IV, pgs. 119 y sgtes.

poco concluyentes de un demandante descuidado en fundadas y concluyentes, puesto que en ese caso al demandado le convendría más no presentarse y beneficiarse de una “sentencia impropia de rebeldía”* (§ 331 II, segunda parte, del Código Procesal Civil).

Esto demuestra que cuando se hace un esfuerzo por interpretar el Código Procesal Civil como una unidad, se lo reconoce como un sistema que incita la actividad de las partes, dejándoles, además, espacios de libertad; el juez apoya a las partes en el ejercicio de su rol procesal, de manera tal que esa libertad de que gozan no se vuelva en su contra. Difícilmente podrá encontrarse en el Código Procesal Civil una contradicción entre la actividad del juez y la de las partes, si se hace abstracción de cuestiones secundarias y problemas especiales. Sería erróneo introducir, por vía interpretativa, elementos inquisitivos que están en contraposición con la primacía que tienen las partes en lo relativo a la aclaración de las circunstancias de hecho. No cualquier regulación procesal compatibiliza la actividad judicial y de las partes en forma tan poco forzada; de ahí que valga la pena analizar y entender el sistema del Código Procesal Civil. Quizás entonces sea menos criticado y se aplique nuevamente en forma más entusiasta y respetuosa.

El rol procesal del abogado y la actividad del juez

De la comprobación de que el juez debe apoyar a las partes en el desempeño de su rol procesal, surge la pregunta relativa a por qué las partes generalmente requieren contar, además, con un abogado que las asista. ¿Necesitan acaso dos ayudantes? Al parecer, sí. Existe hoy la tendencia a llamar la atención sobre lo frecuentes que se han

* N. del T.: En Alemania, existen las denominadas “sentencias de rebeldía”, que se dictan contra la parte que no ha asistido a la audiencia oral. Se habla de una “sentencia impropia de rebeldía” en dos casos: cuando se dicta una sentencia contra la parte rebelde, pero no como consecuencia de su rebeldía, y cuando se dicta una sentencia en contra de la parte que sí asistió a la audiencia oral, y a pesar de la inasistencia de su contraparte (por ejemplo, declarando inadmisibile la demanda). En ambos casos, la sentencia que se dicta es, en realidad, una sentencia ordinaria, es decir, que no se funda directamente en la rebeldía.

hecho los errores de los abogados o su bajo nivel de conocimientos, pero también sobre el hecho de que, dada la diversidad y el constante cambio que experimenta el Derecho, ni siquiera el mejor abogado puede prever el razonamiento que seguirá el juez, por lo que, incluso él mismo requiere apoyo⁸⁶.

A primera vista podría parecer evidente concluir que, en atención al pobre nivel de conocimientos que se observa en algunos abogados, debería intensificarse la asistencia judicial; el derecho de una parte, se dice, no debe depender de la habilidad para elegir al abogado. Podría también tomarse como referencia el caso inglés, en el que la representación ante tribunales queda entregada a un abogado litigante especialista (*barrister*). En definitiva –señala otro argumento– la parte económicamente más poderosa podrá siempre costearse al mejor abogado, con lo cual el derecho se vería suplantado por el poder económico.

Se debe reconocer, sin embargo, que el apadrinamiento del abogado por parte de una especie de juez-niñera tendría a la larga consecuencias nefastas. Dado el alto costo que implica, la obligación de ser representado por un abogado sólo se justifica si es dable esperar una provechosa división del trabajo entre el tribunal y los abogados; ciertamente que ése no es el caso cuando es el juez quien debe señalarle al abogado qué es lo que tiene que hacer para una conducción óptima del procedimiento. El rendimiento del trabajo baja cuando la reducción del mismo no trae aparejadas consecuencias graves claramente perceptibles. El deber de aclaración judicial no puede convertirse en una carta blanca para la negligencia y el fracaso de los abogados. Es preciso que se den las condiciones necesarias para que un mal abogado pierda juicios; de lo contrario, la competencia por los clientes sufrirá las consecuencias⁸⁷.

⁸⁶ Cfr. por todos **Wassermann**, op.cit. (nota al pie 18), pgs. 119 y sgtes.

⁸⁷ En contra de lo que sostiene **Wassermann**, op.cit. (nota al pie 18), pg. 120, no parece haber cinismo en dicha afirmación, por lo menos no cuando ambas partes han tenido la posibilidad de elegir responsablemente un abogado; esto no es infrecuente, y es lo que ocurre siempre, en realidad, en el caso de las empresas.

Parece que hoy en día el Código Procesal Civil ya no considera la responsabilidad del abogado como una razón para aminorar el deber de aclaración judicial: mientras que antes el deber judicial de hacer indicaciones en el procedimiento ante los tribunales inferiores*, tenía una regulación especial y más estricta, actualmente rigen para dicho procedimiento, el procedimiento laboral y el procedimiento con representación letrada obligatoria, las mismas disposiciones legales. La jurisprudencia, sin embargo, explícitamente o en forma soterrada, ha establecido distinciones entre la parte representada por un abogado y la que no lo está. Ya el Tribunal Imperial (*Reichsgericht*) partía de la base de que la aclaración judicial procedía sólo en caso de existir una evidente necesidad de asistencia en una de las partes⁸⁸. De lo anterior concluye la jurisprudencia hasta el día de hoy que, en el caso de representación letrada, el umbral de la “evidente necesidad de asistencia” es sustancialmente más alto que respecto de una parte sin dicha representación. El Tribunal Supremo Federal ha estimado que en el procedimiento con representación obligatoria por un abogado, la indicación sobre la falta de prueba eximente es innecesaria en casos simples⁸⁹ o cuando la cuestión había sido tratada en instancias anteriores⁹⁰. Por la misma razón, ha considerado superflua la indicación sobre las consecuencias de no plantear un reclamo por violación a las reglas del proceso, de acuerdo con el § 295 del Código Procesal Civil⁹¹. A pesar de los fuertes ataques contra esta diferenciación –en especial de Egon Schneider⁹²– se ha mantenido aún después de la entrada en vigencia del §

* N. del T.: Ante los que no existe la representación obligatoria por un abogado.

⁸⁸ Entscheidungen des Reichsgerichtshofs in Zivilsachen [Decisiones del Tribunal Imperial en cuestiones civiles, en lo sucesivo, RGZ, por su sigla en alemán] 8, 371, 371 [El sistema de cita de las sentencias del tribunal imperial es el mismo que el señalado en la nota al pie 23].

⁸⁹ Lindenmaier-Möhring Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofes [Obra de consulta de las decisiones del Tribunal Supremo Federal, iniciada por Lindenmaier y Möhring, en adelante BGH LM, según su denominación en alemán], N°. 6, sobre el § 13 de la Ley del tránsito [Straßenverkehrsordnung].

⁹⁰ Decisión del Tribunal Supremo Federal en “Colección de Derecho del tránsito” (Verkehrsrechtsammlung, VRS por su sigla en alemán) 23, 92, 93.

⁹¹ **BGHZ** 25, 66, 72.

⁹² **E. Schneider**, MDR, 1977, pgs. 881, 882; 969, 970 y sgte; en el mismo sentido, **Wassermann**, op.cit. (nota al pie 18), pgs. 119 y sgtes.

278 III^{**}: recientemente el Tribunal Supremo Federal ha dicho que una indicación especial al abogado, en el sentido de hacerse cargo de una nueva alegación de la parte contraria al fundar un recurso de apelación, resulta innecesaria⁹³. Incluso el Tribunal Constitucional Federal asume en su resolución sobre responsabilidad médica que, existiendo representación por un abogado, el tribunal no está obligado a llamar la atención acerca de errores en el ofrecimiento de prueba, si la parte contraria ya hubiese reclamado de ellos⁹⁴. Coincidiendo con la literatura absolutamente mayoritaria⁹⁵, debe manifestarse conformidad en lo esencial con dicha jurisprudencia. Sólo de esta forma se garantiza la existencia de un incentivo para que los abogados cumplan su tarea con conciencia de la responsabilidad que implica. El tenor literal de la ley permite, por lo demás, hacer esta diferenciación: el § 139 I 2 del Código Procesal Civil obliga al juez a debatir algunos puntos o formular preguntas sólo “en tanto ello sea

^{**} N. del T.: El § 278 III fue modificado con posterioridad a la publicación del libro. La versión antigua (la que se consideró al escribir el libro) del texto es la siguiente: “El tribunal sólo puede fundar su decisión en un punto de vista jurídico que una de las partes haya pasado por alto o considerado irrelevante, resultando ello evidente, siempre que haya dado oportunidad para manifestar lo que resultare pertinente a su respecto y cuando no se trate de una cuestión accesoria.” Actualmente, el § 278 III se refiere a la búsqueda de una composición amistosa de la controversia, las tratativas para llegar a una conciliación y el posible acuerdo.

⁹³ Tribunal Supremo Federal, en NJW 1980, pgs. 223, 223; sobre jurisprudencia antigua, **BGHZ**, 3, pg. 213; 31, pgs. 342 y sgte.; Tribunal Supremo Federal, en JZ 1975, pg. 448, 449 (columna derecha). En mi opinión, **Schneider** no puede invocar en apoyo de su postura la decisión N° 5 de la **BGH LM** sobre el § 765 a del Código Procesal Civil, publicada también en la Revista sobre Administración de Justicia [Rechtspfleger, en adelante, Rpfleger por su denominación en alemán], 1977, pg. 359, como lo hace, sin embargo, en la revista El Despacho Jurídico [Das Juristische Büro, en adelante, JurBüro, por su sigla en alemán], 1977, pg. 1500), porque también en ese caso el Tribunal Supremo distingue entre partes con y sin representación por un abogado.

⁹⁴ **BVerfGE**, 52, 131, 161 (motivos fundantes de la decisión de cuatro jueces).

⁹⁵ Cfr. **Stein-Jonas-Pohle**, ZPO [Código Procesal Civil], 19ª. ed., versión de 1972, § 139, anotaciones II 1 a y b (“al menos en el caso de representación por un abogado”; “la parte que no esté representada por un abogado”, etc.); **Baumbach-Lauterbach-Hartmann**, ZPO [Código Procesal Civil], 39ª. ed., 1980, § 139 anotaciones 2 A-D con numerosos ejemplos de la diferenciación; **Rosenberg-Schwab**, op.cit. (nota al pie 67), § 78 III 1, pg. 437 (“menor razón” en el procedimiento con representación por un abogado); **Jauernig**, op.cit. (nota al pie 67), § 25 VII, pg. 71; **Nagel**, op.cit. (nota al pie 66), pg. 60; posiblemente también **W. Henckel**, op.cit. (nota al pie 17), pg. 131. ¡La distinción entre el procedimiento con representación por un abogado, y aquel sin dicha representación no significa en modo alguno que el § 139 no rija en el procedimiento con representación!

necesario”; el § 278 III, por su parte, exige asistencia solamente en el caso de errores “evidentes”.

Sin duda que la presión para incentivar la responsabilidad del abogado redundará muchas veces en perjuicio de la parte (mandante) que pierde el proceso y debe conformarse con entablar una acción de repetición en contra de su abogado. Es preciso tener claro, sin embargo, que no existe una solución mejor; el legislador la eligió también para el caso del incumplimiento de un plazo (§§ 233, 85 II)⁹⁶. La disyuntiva es: o sufre ocasionalmente una parte individualmente considerada –la que, por lo demás, no siempre es socialmente digna de protección⁹⁷– o sufrirá a la larga todo el sistema de administración de justicia, lo cual, a su vez, puede ocasionar –y de hecho, ocasionará– perjuicio a las partes individualmente consideradas. Y es que el juez se vería finalmente sobrepasado si, ante el continuo descenso en la calidad de los abogados, fuese él solo quien tuviera que hacer avanzar el proceso: esto llevaría a decisiones equivocadas o –un tema que se tratará más adelante⁹⁸– a una mayor duración del proceso. De manera que mientras no se decida modificar las exigencias para el abogado litigante, el trabajo descuidado de un abogado, sea por incumplimiento de plazos o por errores graves en cuanto al fondo, debe ser penalizado con las consecuencias correspondientes. La jurisprudencia diferenciada del Tribunal Supremo Federal es, por lo tanto, no sólo aceptable, sino que también deseable, a condición de que el umbral para estimar cuándo un error es “evidente” no sea demasiado elevado. Tal peligro no existe hasta ahora.

⁹⁶ Cfr. sobre el § 232 II ZPO (antigua versión) **BVerfGE**, 35, 41, 46/47: “La regulación legal de los plazos dentro del proceso, especialmente en lo que concierne a la interposición de recursos, es necesaria para que las decisiones judiciales puedan, una vez transcurrido el plazo sin haber hecho uso de él, producir efectos definitivos. Si no se quiere frustrar tal finalidad, es preciso que la posibilidad de retrotraer a las partes al estado anterior sea sólo la excepción. Desde esta perspectiva, no es ni contrario a la naturaleza de las cosas ni tampoco irracional que la parte de un proceso civil en que se discuten cuestiones patrimoniales, cargue con las consecuencias del incumplimiento negligente de un plazo por parte de su abogado. No se olvide que en Derecho no es inusual que una persona cargue con las consecuencias por los hechos culpables de otra. Por lo demás, la parte puede dirigir en contra de su representante una acción indemnizatoria.

⁹⁷ Véase la nota al pie 87.

⁹⁸ Cfr. infra, II 5, párrafos 33-36.

Neutralidad y actividad judicial

Lo que el Código Procesal Civil espera del juez es que apoye a ambas partes en el desempeño de sus roles procesales. Para esos efectos, debe poner en práctica las habilidades de un ajedrecista que juega contra sí mismo, para usar una imagen conocida⁹⁹. Pero eso solamente no basta: debe, a los ojos de ambas partes, entregar a cada una de ellas las instrucciones óptimas, si no quiere dar la impresión de ser parcial. “Nadie puede servir a dos señores” – esta máxima bíblica¹⁰⁰ no parece aplicable al juez, a quien la propia ley impone un conflicto de roles paradigmático. La solución del conflicto básico entre el rol de asesor que cumple el juez y su neutralidad, constituye el verdadero problema central en la determinación del alcance y los límites de la actividad judicial.

a) Soluciones extremas

El conflicto entre la asesoría y la neutralidad se puede resolver mediante regulaciones tan claras como extremas. En primer lugar, la para nuestro gusto anticuada solución que hasta hoy representa el punto de partida del proceso anglo-americano –lo que ya debería darnos que pensar: el juez no da, en lo posible, consejo alguno. Aquí el conflicto de roles se soluciona –sociológicamente hablando– mediante la separación de roles, una solución tan simple como clara, que por cierto presupone buenos abogados litigantes. No debería reaccionarse con arrogancia frente a esta solución, sino que más bien se la debería tomar como punto de partida para una reflexión crítica sobre futuros desarrollos en Alemania. Sin duda que el juez asesor

⁹⁹ **Wassermann**, op.cit (nota al pie 18), pg. 176, citando a **Langer**, JZ 1977, pgs. 376, 381.

¹⁰⁰ San Mateo, 6, 24.

estará más expuesto a caer en una atmósfera de controversia, corriendo el peligro de considerar o sentir como enemigos a las partes que no respeten sus indicaciones. En los procesos sobre terrorismo, por ejemplo, se habrían evitado muchos problemas de parcialidad, si el juez hubiera adoptado la actitud del juez inglés. Desde ese punto de vista, la regulación procesal angloamericana es más moderada y sensata que la alemana en cuanto a las exigencias que impone al juez. Es demostrativo de una estimación bastante alta de las habilidades del juez, el pretender que su situación normal sea la de un ajedrecista jugando contra sí mismo, y considerar, además, que dicha situación debe ser dominada sin mayores dificultades¹⁰¹. En todo caso, *de lege lata* no vale la pena seguir desarrollando esta idea, puesto que el legislador resolvió claramente en otro sentido.

La otra solución extrema es perfectamente compatible con el Derecho vigente. Corresponde a una concepción material de la neutralidad: no es neutral el juez que trata de mantenerse al margen, sino que, por el contrario, un juez es neutral solamente cuando, mediante su actividad, logra alcanzar la justicia material¹⁰². El Tribunal Constitucional Federal formuló esta idea de mejor manera en una resolución sobre el procedimiento de venta judicial forzosa¹⁰³: “la imparcialidad judicial no es un principio carente de valor, sino que está orientado a los principios fundamentales de la Constitución. En este mismo sentido, la prohibición objetiva de arbitrariedad entraña para el juez también el mandato de adoptar una decisión materialmente correcta, en el marco de la ley y desde la perspectiva de la justicia material y orientada a principios.”

¹⁰¹ En tal sentido, sin embargo, **Wassermann** y **Langer**, op.cit. (nota al pie 99).

¹⁰² Claramente en este sentido, por ejemplo, **Deubner**, op.cit. (nota al pie 67), pg. 86; **Wassermann**, op.cit. (nota al pie 18), especialmente pgs. 173 y sgtes.; **E. Schneider**, MDR 1977, pgs. 969 y sgtes.; aparentemente, también **Vollkommer**, Rpfleger 1976, pgs. 393 y sgtes., 395; **Selig**, “Die prozessuale Behandlung der Einrede –heute und einst” [El tratamiento procesal de la excepción – hoy y antes], 1980, pgs. 90/91. Muy general la argumentación de **Grunsky**, Archiv für die zivilistische Praxis, [Archivo para la práctica civil, en adelante, AcP por su sigla en alemán], 181, pg. 566, cuando sostiene que la indicación que persigue una mejor aplicación del Derecho no puede jamás lesionar el mandato de neutralidad; ¡ciertamente que eso es simplificar demasiado las cosas!

¹⁰³ **BVerfGE** 42, 64, 78.

Si por justicia orientada a principios entendemos, junto con Wassermann¹⁰⁴, sobre todo la compensación social estatal, entonces el juez deberá apoyar siempre a quien considere o deba ser considerado en situación de desventaja o el más débil. El juez sabio que busca formas originales para dar la razón a las clases sociales bajas, saltándose el procedimiento habitual y las formalidades correspondientes, es un tipo literario antiquísimo, que va desde el Rey Salomón¹⁰⁵ hasta el círculo de tiza caucasiano de Bertold Brecht¹⁰⁶.

Aun cuando la invocación de la justicia material más allá de las formalidades pueda sonar bien, generalizar la fórmula del Tribunal Constitucional Federal supone, en mi opinión, un peligroso error. Si la neutralidad judicial significa solamente “ser materialmente justo”, entonces resulta prescindible en cuanto categoría especial. La neutralidad judicial implica mucho más el elemento formal de la distancia, destinado a proteger al juez del enegrecedor celo de hacer justicia. La completa supresión de esa distancia tendrá que ser la excepción, ya que sólo se justifica cuando existe la amenaza de una grave injusticia para uno de los partícipes en el procedimiento. En una resolución sobre responsabilidad médica¹⁰⁷ el Tribunal Constitucional Federal relativizó la comprensión puramente material de la neutralidad que había sostenido en la resolución a propósito del procedimiento de venta judicial forzosa, si bien sólo con la mitad de los miembros votantes. Dicha resolución se refiere a la distancia como elemento inseparable de la actividad judicial, y a la obligación de evitar cualquier apariencia de parcialidad. Esto, en clara conexión con la afirmación de que en el

¹⁰⁴ Op.cit. (nota al pie 18) pgs. 89 y sgte.; 155 y sgtes.; 177.

¹⁰⁵ 1. Reyes, 3:16 y sgtes: la famosa decisión de Salomón que sometió a la prueba de la espada la maternidad que se disputaban –un hecho frecuentemente pasado por alto- dos prostitutas.

¹⁰⁶ El juez Azdak le adjudica (Parte 6 del “Círculo de tiza caucasiano”) el hijo de la mujer del gobernador, que lo había abandonado al huir, a la criada, que no era su madre biológica, pero sí una abnegada “madre adoptiva”. Para probar la maternidad, el juez coloca al niño dentro de un círculo de tiza dibujado en el suelo, desde el cual las mujeres deben tratar de sacarlo, tirando ambas para su lado, pero la “madre adoptiva” no quiere lesionar al niño y no tira de él, ante lo cual Azdak se lo adjudica. Las pruebas de Salomón y Azdak son parecidas, la decisión beneficia en el caso de Salomón a la madre biológica, en el caso de Azdak a la “madre adoptiva”.

¹⁰⁷ BVerfGE 52, 131, 161.

proceso civil de lato conocimiento el juez no está en modo alguno obligado a “extraer conclusiones de la exposición de una de las partes en perjuicio de la otra o incluso a proporcionar la correcta fundamentación de una solicitud”, siempre y cuando las falencias hayan sido manifiestas para las partes representadas por un abogado. Uno desearía que esta resolución tuviera tanta publicidad y despertara tanto interés como aquélla del procedimiento de venta judicial forzosa, aun cuando no corresponda a una “concepción progresista del proceso”.

El equilibrio correcto

En lo que concierne al proceso civil alemán, la postura correcta, en mi opinión, sólo puede estar en el equilibrio –aunque esto no suene particularmente atractivo. La asistencia judicial a las partes está ordenada por ley; de ahí que la búsqueda de la justicia material constituya también un mandato legal. Por otra parte, la ley también exige neutralidad judicial (§ 42 y siguientes del Código Procesal Civil), la cual, comprendida correctamente, implica distancia, lo que excluye una actividad demasiado amplia del juez. Las soluciones extremas son siempre muy claras, pero carecen del necesario balance. Las soluciones más equilibradas son menos claras, en la medida en que requieren que se tracen límites, dando lugar a controversias sobre los criterios de la delimitación. En mi opinión, tal debilidad debe, sin embargo, ser aceptada.

La correcta determinación del límite surge de la distinción entre el conocimiento que el juez tiene de la voluntad de las partes, en cuanto ésta ha de manifestarse en alguna forma, al menos indiciariamente, y la transformación de dicha voluntad. El juez está facultado para interpretar a la parte, pero no lo está, en cambio, para indicarle la realización de actividades completamente nuevas. Esta distinción no es arbitraria. Se basa en el hecho de que la identificación con el rol de parte aumenta cuando no sólo se aclara algo que ya había sido dado a entender, sino que se va más allá, sopesando y proponiendo nuevas posibilidades de ataque. Este paso con el que aumenta la identificación con el rol de parte, es el paso que excede el ámbito de la distancia judicial. El juez ávido de justicia es, por así decirlo, protegido de sí mismo, pues la

experiencia enseña que la identificación completa con roles antagónicos sólo es posible en muy pocos casos. La creciente tasa de error por falta de la necesaria distancia exige una protección preventiva de la contraparte frente a una excesiva identificación con el rol de parte. Así entendida, la distancia judicial es una medida preventiva sobre la base de la experiencia histórica, la que, en mi opinión, resulta difícilmente controvertible, atendidos los nuevos conocimientos aportados por la psicología. La vigencia de la regla general debe asumir posibles injusticias en casos individuales, porque la falta de distancia judicial haría temer injusticias en un número mucho mayor de casos.

Hasta ahora, tanto la jurisprudencia como la doctrina han respetado siempre esta regla fundamental. Las cuestiones particulares serán tratadas más adelante. Aquí mencionaré sólo brevemente los tres puntos centrales de la opinión mayoritaria¹⁰⁸, basada en dicha delimitación: no puede haber indicación para presentar una solicitud que modifique cuantitativa o cualitativamente la finalidad del proceso¹⁰⁹; no puede haber indicación para modificar el contexto (circunstancias de vida) que sirve de fundamento a la pretensión¹¹⁰, y tampoco puede haber indicación para nuevas defensas o excepciones¹¹¹, siendo este último punto el más problemático. En virtud del § 278 resulta claro que el hecho de que el juez dé a conocer su opinión jurídica provisoria no implica una identificación prohibida con la parte a que dicha opinión

¹⁰⁸ Sobre la opinión mayoritaria, véase por todos, **Rosenberg-Schwab**, op.cit. (nota al pie 67), § 78 III 1b pg. 438; **Thomas-Putzo**, ZPO, 11ª. ed., 1981, § 139, observación 2 b.

¹⁰⁹ **BGHZ** 24, 269, 278 (sobre la falta de indicación para transformar una demanda ejecutiva reconventional en una demanda declarativa negativa); **Bundesarbeitsgericht** [Tribunal Supremo en cuestiones laborales, en adelante, BAG por su sigla en alemán] en *Arbeitsrechtliche Praxis* [Práctica judicial en cuestiones laborales, compendio de sentencias en materia laboral, en adelante, AP por su sigla en alemán], N° 46 sobre los §§ 22 y 23 del Acuerdo sobre remuneraciones de empleados públicos [Bundesangestelltentarifvertrag] (falta de incitación a una ampliación de la demanda).

¹¹⁰ **Oberlandesgericht** [Tribunal Superior Estatal, en adelante, OLG, por su sigla en alemán] **Köln** [de la ciudad de Colonia], en *JurBüro* 1975, 1506 (demanda de pago derivada de una compraventa, sin haberse advertido a las partes sobre la posibilidad de una demanda escalonada, en relación con una demanda de restitución o una acción in rem verso por enriquecimiento sin causa).

¹¹¹ **OLG de Colonia**, en *MDR* 1979, 1027; **OLG de Bremen**, en *NJW* 1979, 2215; en otro sentido la sentencia del **Landesgericht** [Tribunal Estatal, en adelante, LG por su sigla en alemán] **de Fráncfort**, *MDR* 1980, 145.

favorece; por el contrario, con ello el juez permite que la parte a quien la opinión perjudica tenga la oportunidad de defenderse en forma apropiada. En la literatura sobre el tema, es digna de mención la tesis doctoral de Spohr¹¹², que describe en profundidad la función de la indicación judicial: el juez puede aclarar conductas procesales ambiguas (función de aclaración), puede plasmar la voluntad de las partes en la mejor forma procesal (función de transformación) y puede informar a la parte sobre el estado actual de sus opiniones, a fin de permitirle reacciones apropiadas (función de entendimiento).

En Derecho no existen reglas sin excepciones. En mi opinión, el juez está facultado para sobrepasar el límite trazado en dos situaciones. En primer lugar, cuando una parte sin representación letrada pierde su derecho por haber actuado en forma torpe¹¹³, aunque también se podría estimar en este caso que bastaría con indicar a la parte la necesidad de hacerse representar por un abogado, dada la complejidad del asunto y que toda intervención que vaya más allá infringe el deber de neutralidad. Por otra parte, también puede admitirse una excepción para el caso en que una parte esté expuesta a sufrir una gran injusticia, con consecuencias extremadamente graves¹¹⁴. Desde este punto de vista se encuentra totalmente justificada la decisión del Tribunal Constitucional Federal, que estimó como un deber del juez la indicación acerca de la posibilidad de desistirse de una solicitud de remate, cuando dicha solicitud conlleve la disipación de bienes. Esta decisión debería entenderse como una excepción, y no como un mandato constitucional de general aplicación, consistente en advertir a las partes sobre nuevas posibles solicitudes beneficiosas para sus intereses¹¹⁵.

¹¹² **Tilmann Spohr**, “Die richterliche Aufklärungspflicht” (§139 ZPO) im Zivilprozeß [El deber de aclaración judicial (§139 del Código Procesal Civil) en el proceso civil], tesis doctoral, Gotinga, 1969, pgs. 56 y sgtes., 69 y sgtes. y 152 y sgtes.

¹¹³ Cfr. el apartado II 3, párrafos 14 a 17.

¹¹⁴ En este sentido también **M. Wolf**, “Gerichtliches Verfahrensrecht” [Derecho procesal de tribunales], 1978, pgs. 44 y 175/176.

¹¹⁵ A este peligro cedieron los autores nombrados en el pie de página 102; véase para dichos efectos lo señalado en las notas 107 y las inmediatas a ella.

¿Discrecionalidad judicial en la aclaración?

En el marco de la tensión entre la aclaración y la neutralidad judicial, se plantea la pregunta, respondida por lo general en forma poco clara, acerca de si existe plena coincidencia entre la *facultad* de aclaración y el *deber* de aclaración. En otras palabras: ¿existen ámbitos de la facultad de aclaración que no impliquen un deber para el tribunal, y que, al mismo tiempo, no entrañen una lesión al deber de imparcialidad? Expresado en de otra forma: ¿el deber de aclaración colinda en forma directa con la parcialidad, o existe entre ambas un espacio de discrecionalidad para el juez? Ya el hecho de plantear la pregunta parece sobreentender que existe una cierta discrecionalidad para el juez¹¹⁶. En mi opinión, la respuesta a esta pregunta exige hacer ciertas distinciones.

Las reglas sobre la recepción de prueba de oficio (§§ 142 y 273 II del Código Procesal Civil) le otorgan al juez un ámbito de discrecionalidad, como lo denota la expresión “puede”. Dicho ámbito, como ya se explicó¹¹⁷, no entra en conflicto con el mandato de neutralidad, dada la existencia de un deber de indicación, de acuerdo con el § 139 del Código Procesal Civil. En los §§ 139 y 278 del Código Procesal Civil, en tanto, el tenor literal (en un caso “tiene” y en el otro “sólo puede”) muestra claramente que no existe tal ámbito de discrecionalidad. El texto de la ley es perfectamente conciliable, en cambio, con una cierta libertad de apreciación para el juez, tal como señala Pohle¹¹⁸; ésta se deriva de los conceptos de necesidad (“en tanto ello sea necesario”) (§ 139) y posibilidad de reconocer (“resultando ello evidente”) (§ 278 III), si se los entiende como conceptos jurídicos indeterminados. En todo caso, hay que

¹¹⁶ Cfr. **Wassermann**, op.cit. (nota al pie 18), pg. 116; también **Thomas-Putzo**, op. cit (nota al pie 108), § 139 nota 1, y **Grunsky**, op.cit. (nota al pie 62), § 19 IV, pg. 179. Una interpretación distinta en **Riedel**, “Das Postulat der Unparteilichkeit des Richters” [El postulado de la imparcialidad del juez], 1980, pg. 168.

¹¹⁷ Cfr. supra, II, 2, párrafo 11, en y después de la nota al pie 76.

¹¹⁸ Cfr. **Stein-Jonas-Pohle**, cit., § 139, observación I 2.

señalar que la interpretación de tales conceptos es siempre impugnabile mediante el recurso de casación [*Revision*], y que su aplicación no es impugnabile por esa vía solamente cuando la cuestión central de la subsunción sea una circunstancia de hecho o dependa de imponderables que escapen a la posibilidad de control¹¹⁹. Si bien es cierto que en su resolución sobre responsabilidad médica¹²⁰ el Tribunal Constitucional Federal se limitó a comprobar que la aplicación del §139 resultaba “acceptable”, este estándar es válido solamente para determinar si una aplicación errónea del Derecho alcanza el nivel de una violación a la preceptiva constitucional; no lo es, en cambio, para decidir si procede la casación tratándose de la aplicación de normas jurídicas ordinarias. En todo caso, a menudo la aplicación del § 139 dependerá de imponderables, de forma tal que en los casos límite un control demasiado estrecho por vía de casación resultaría inapropiado.

Por consiguiente, el ámbito de la actividad judicial que se traduce en una facultad y que no entraña al mismo tiempo un deber, tendría sus raíces fuera del Derecho positivo, como una competencia no escrita y cuyo ejercicio no alcanzaría el umbral de la parcialidad judicial. Se puede estar de acuerdo con eso. Debe señalarse claramente, eso sí, que entonces la remisión a los §§ 139 y 278 no es posible, y que en tal sentido, el juez actúa sin una base normativa clara. En mi opinión, debería distinguirse la forma de aclaración de que se trate. Cuando el juez incita a la presentación de nuevas solicitudes, sean de fondo o de forma, a la exposición de nuevos hechos, a la solicitud de nuevos medios de prueba, o a la presentación de nuevas excepciones o defensas, interviene de manera tan directa en el proceso, favoreciendo o perjudicando a una de las partes, que en ese caso, las esferas del poder y del deber del juez se confunden. En tal situación la discrecionalidad pondría en peligro la neutralidad judicial, y es, por lo mismo, indeseable también desde un punto de vista de política jurídica. Para casos de esta naturaleza vale, por lo tanto, lo siguiente: muy poca actividad implica una infracción del § 139; mientras que demasiada actividad hace incurrir en parcialidad, y justifica una recusación conforme a los §§ 42 y siguientes del Código Procesal Civil. Tanto las partes como el juez deben saber de antemano y en forma cierta qué es lo

¹¹⁹ Cfr. **Stein-Jonas-Grunsky**, ZPO 20^a. ed., versión de II/1977, § 549, párrafos 17-27.

¹²⁰ **BVerfGE** 52, 141, 160 y sgtes.

que puede y debe pasar bajo la dirección procesal inmediata del juez, sin las incertidumbres propias de la discrecionalidad¹²¹. En cambio, si el juez se limita a comunicar su parecer jurídico provisorio, puede ir discrecionalmente más allá del deber que le imponen los §§ 139 y 278 III del Código Procesal Civil, porque en tal caso no interviene dirigiendo la actividad procesal, sino que solamente acrecienta las posibilidades para una conducción procesal adecuada, pero basada en deliberaciones propias de la parte.

La forma de la aclaración

La aclaración, que en cuanto a su contenido constituye un deber para el juez, puede materializarse a través de formas que impliquen una infracción del mandato de neutralidad.

Antes era discutible si el juez podía incurrir en parcialidad, en el sentido de una fijación anticipada de su postura, por hacer una exposición demasiado detallada de su parecer jurídico. Dado que en la actualidad el § 278 III del Código Procesal Civil exige en muchos casos manifestar dicho parecer jurídico, la cuestión dejó de ser problemática¹²². Si el tribunal efectúa esa manifestación en la audiencia principal o, con anterioridad a ésta, en una especie de “sentencia de prueba”, no es necesario indicar en forma expresa, a la luz de la citada disposición procesal, el carácter provisorio de su

¹²¹ En mi opinión, es sumamente cuestionable negar, por ejemplo, que la indicación sobre prescripción sea subsumible en los §§ 139 y 278 del Código Procesal Civil, y al mismo tiempo, no aceptar que dicha indicación sea suficiente para fundar una recusación por parcialidad; en ese sentido, sin embargo, **Rosenberg-Schwab**, op.cit. (nota al pie 67), § 25 II 2 a, pg. 132, y § 78 III 1 a, pg. 438. ¡En este caso sí que existe el peligro de discrecionalidad judicial y de decisiones según el estado de ánimo del momento!

¹²² De allí que hoy no sea necesario recurrir a la aclaración de cuestiones jurídicas en forma soterrada; en ese sentido, correctamente **Bender-Belz-Wax**, “Das Verfahren nach der Vereinfachungs-Novelle und vor dem Familiengericht” [El procedimiento después de la reforma “simplificadora” ante los tribunales de familia], 1977, párrafo 38; **Franzki**, “Das Gesetz zur Vereinfachung und Beschleunigung gerichtlicher Verfahren” [La ley para simplificar y acelerar los procedimientos ante los tribunales], en DRiZ, cit., 1977, pg. 165; **E.Schneider**, MDR 1977, 355, 882.

opinión, puesto que éste se subentiende¹²³. Esta regla fundamental ha sido confirmada incluso por el Tribunal Constitucional Federal¹²⁴. La parcialidad, entonces, sólo puede darse en unos pocos casos, en los que el juez señala en forma temprana el carácter inmodificable de su parecer.

Questionable resulta también otra práctica, al parecer no infrecuente, cual es la de mantener conversaciones telefónicas. En este contexto se ha presentado el siguiente caso: el juez llama por teléfono a una parte o a su representante para explicarle en detalle una determinada situación jurídica dejando a su criterio el desistirse de un recurso judicial. El Tribunal Superior Estatal de Oldenburgo estimó que en este caso hubo parcialidad, puesto que la parte se molestó por las conversaciones telefónicas que el juez mantenía con su abogado¹²⁵. Lo mismo debería ser válido si la contraparte hubiera alegado la parcialidad. En mi opinión, esta línea jurisprudencial está en lo correcto. En relación con esto ha de dejarse provisionalmente abierta la cuestión de si toda conversación personal o telefónica con algún interviniente en el procedimiento sobre materias relativas a él, por ejemplo, la fijación de fechas y horarios¹²⁶, es suficiente para fundar una sospecha de parcialidad. En todo caso, el ejercicio del deber de aclaración sin publicidad para las partes, constituye una infracción elemental de las reglas procesales, puesto que da pie a la sospecha de que el juez se deja guiar por puntos de vista que no pueden ser conocidos por las partes, respecto de los cuales

¹²³ **Kammergericht** [Tribunal Superior Estatal de Berlín, en adelante KG, por su sigla en alemán], en *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht* [Revista de Derecho de familia, FamRZ por su sigla en alemán], 1979, 322; **OLG de Karlsruhe**, en *Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen* [Decisiones de los Tribunales Superiores Estatales en cuestiones civiles, en adelante OLGZ por su sigla en alemán] 1978, 224, 226. Ejemplo de una mala propuesta de acuerdo del juez en **OLG de Karlsruhe**, DRiZ 1982, 33.

¹²⁴ **BVerfGE** 42, 88, 89 y sgte. (un escrito, en el que se deja a discreción el retiro de la queja constitucional).

¹²⁵ **OLG de Oldenburgo**, NJW 1963, 451; de acuerdo con la decisión, **Stein-Jonas-Leipold**, ZPO, 20ª. ed., versión de VII/1977, § 42, párrafo 11.

¹²⁶ En mi opinión, no hay nada que objetar a conversaciones que tengan por objeto únicamente la fijación de cuestiones horarias, aunque también aquí debe existir precaución, porque pueden dar lugar a la sospecha de que se toquen también temas de fondo: ¡la experiencia indica que muchas conversaciones de ese tipo derivan luego hacia cuestiones de fondo!

éstas, por consiguiente, no pueden manifestarse en forma alguna. En el fondo, se trata de un debate de la cuestión, pero sin la contraparte, por lo que el contenido de la conversación posteriormente ya no resulta objetivable para ésta¹²⁷. Con ello se intensifica la sospecha de una infracción al § 103 I de la Ley Fundamental (utilización de puntos de vista desconocidos por las partes). Poco puede cambiar al respecto que la contraparte sea informada posteriormente en forma telefónica sobre el contenido de la conversación. La situación podría ser distinta solamente en el caso que haya un acuerdo expreso entre todas las partes, pero el mismo hecho de hacer un llamado expreso a las partes en tal sentido puede ser suficiente para afirmar que existe parcialidad (interés en la causa). Si se quiere aprovechar las ventajas del teléfono, sólo es aceptable la comunicación telefónica que anuncia en forma anticipada la dictación de una resolución de aclaración; dicha comunicación telefónica debería, en lo posible, ser realizada a través de la secretaría del tribunal. La “simplificación del trabajo” que implica el conversar por teléfono, y que actualmente constituye una práctica judicial muy usual, es, en los hechos, lo mismo que una conversación que el juez sostiene en su despacho con una de las partes. Difícilmente habrá alguien que considere que esas reuniones privadas son correctas en un procedimiento judicial; ningún juez querría, en un asunto propio, que el juez llamado a fallar tuviera esas costumbres. La distancia espacial que existe entre los interlocutores en una conversación telefónica induce a considerar éstas en forma diferente a una conversación en el despacho del juez. Hay que estar prevenido contra eso. Las indicaciones del juez solamente son admisibles en la audiencia oral o también por escrito, en cuyo caso el documento debe dirigirse a ambas partes –al menos, cuando la otra parte sea cierta y conocida¹²⁸.

¹²⁷ Sobre conversaciones con personas que intervienen en el procedimiento en ausencia de la contraparte, como causal de recusación, **OLG de Fráncfort**, en NJW 1972, 288, 981; **Thomas-Putzo**, op.cit. (nota al pie 108), § 42, nota 2 b, cc.

¹²⁸ **Wassermann**, op.cit. (nota al pie 18), pgs. 110, 177, es uno de los pocos que está consciente del problema, y recomienda, para el caso de conversaciones telefónicas, fijarlas por escrito e informar a la contraparte; dicha visión es consistente con la aquí expuesta, aunque va todavía más allá en algunos aspectos. En todo caso, la acostumbrada conversación telefónica previa, sin fijación por escrito, va incluso en contra de la “concepción progresista” del proceso de Wassermann; ¡eso debería dar qué pensar a muchos jueces!

Aceleración procesal y deber de indicación

No puede existir duda alguna en cuanto a que la indicación del juez y la actividad judicial, tal como la contemplan los §§ 139 y 273 del Código Procesal Civil, actúan como mecanismos aceleradores del proceso¹²⁹. Las partes son informadas oportunamente sobre qué es relevante de acuerdo con la comprensión que el tribunal tiene del problema jurídico de que se trate, y pueden, o mejor dicho, deben, adecuarse a ésta. Pero plantear demasiadas exigencias a la actividad judicial puede redundar justamente en lo contrario¹³⁰. Esto puede demostrarse en base a dos aspectos.

a) Preclusión y aclaración previa

La preclusión por presentaciones tardías sólo es aplicable cuando el juez haya cumplido con su deber de aclaración dentro del plazo de cuya preclusión se trata¹³¹. En el caso de infracciones al § 139 es preciso reabrir incluso la etapa de audiencia oral, para dar oportunidad a la presentación de las solicitudes, hechos o medios probatorios que fueren pertinentes¹³². Si se parte de exigencias muy altas respecto a la

¹²⁹ Sobre esto, en profundidad, **Baur**, “Wege zu einer Konzentration der mündlichen Verhandlung im Prozeß” [Vías para una concentración de la tramitación oral en el proceso], 1966; del mismo, “Die Aktivität des Richters im Prozeß” [La actividad del juez en el proceso], en Deutsche zivil- und kollisionsrechtliche Beiträge zum IX Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung [Aportes alemanes sobre cuestiones jurídicas civiles y de normas de conflicto con ocasión del XI Congreso Internacional de Derecho comparado], Teherán, 1974, pgs. 187 y sgtes., 191 y sgtes.; **Habscheid**, “Richtermacht oder Parteifreiheit” [Poder del juez o libertad de las partes], en ZZP 81 (1968), pgs. 175 y sgtes.; recientemente **Bathe**, op.cit. (nota al pie 66) passim, especialmente pgs. 62 y sgtes.

¹³⁰ En ese sentido, ya **Lent**, “Wahrheits- und Aufklärungspflicht im Zivilprozeß” [Deber de veracidad y de aclaración en el proceso civil], 1942, pgs. 82/83.

¹³¹ Sobre la no aplicación de la preclusión en el caso de infracciones procedimentales causalmente relevantes por parte del tribunal, **BGH LM** N°. 10 sobre el § 272 b del Código Procesal Civil (versión antigua); recientemente, **OLG de Oldenburgo** en NJW 1980, 295 (información errónea sobre el formulario de citación ante el tribunal); de acuerdo con ello, **Deubner**, en NJW 1980, 296 con explicaciones sobre el problema tratado aquí.

responsabilidad del juez, entonces se priva a la preclusión de su rigor, puesto que la parte puede traspasar la responsabilidad completa al juez. Las limitaciones al deber de aclaración del juez, tal como han sido señaladas para el procedimiento con representación letrada y para eventuales actividades radicalmente nuevas de las partes, permiten también en cierta medida la repartición adecuada de la responsabilidad procesal. Eso no significa que, para evitar la preclusión, la parte deba realizar de inmediato todas las presentaciones posibles, sino que –como acertadamente señala el Tribunal Constitucional Federal¹³³– limitarse a realizar aquellas presentaciones que correspondan al estado actual de cosas. Sí significa, en cambio, que incluso en cuanto al desarrollo temporal del proceso, la parte no puede descargar la responsabilidad por cualquier obiedad en el juez, debiendo, en términos generales, fijar por sí misma y oportunamente la ruta procesal a seguir. Cuando algunos jueces consideran a la resolución formal de preclusión como la antítesis del fallo materialmente correcto, y por tal razón prefieren ampliar el ámbito de la aclaración, a costa de la preclusión, pasan por alto el hecho de que la corrección temporal del procedimiento también forma parte de la justicia material. La preclusión existe en el Derecho Procesal y en el Derecho material – y eso, en todos los ordenamientos jurídicos del mundo.

Retraso y aclaración

Una de las condiciones de la preclusión es el retraso por presentaciones tardías. La jurisprudencia estima que tal retraso existe solamente cuando el juez no pudo evitarlo haciendo uso de las medidas que contemplan los §§ 139 y 273 del Código Procesal

¹³² En ese sentido, es correcta la sentencia del **OLG de Colonia**, en MDR 1980, 674; **BGH** [Tribunal Supremo Federal alemán, en adelante, BGH por su sigla en alemán], en *Wohnungswirtschaft und Mietrecht* [Revista sobre economía inmobiliaria y Derecho de arrendamiento, en adelante WM por su sigla en alemán], 1979, 587/588.

¹³³ **BVerfG**, en NJW 1980, 1737.

Civil¹³⁴. Hasta ahora la jurisprudencia ha evitado, con razón, el peligro de extender los deberes del juez a la prevención de daños procesales. En tanto existe consenso en cuanto a que diligencias probatorias extensas, solicitadas con poca anticipación, resultan innecesarias, y también que no es dable esperar medidas urgentes con una anticipación de apenas dos o tres días¹³⁵.

También en lo que atañe a la concentración del procedimiento lo apropiado es que las partes asuman su propia responsabilidad y no que la traspasen enteramente al juez.

Actividad judicial y Constitución

El reparto de roles procesales no se encuentra contemplado en forma expresa en parte alguna de la Constitución. En la mayoría de los casos hay que recurrir a normas generales, ya que las conclusiones que pudieran derivarse de la norma más concreta del art. 103 I de la Ley Fundamental sólo son aplicables a algunos casos especiales. Y cuando se utilizan reglas constitucionales genéricas es necesario actuar con cuidado¹³⁶. El peligro de encontrarse con modelos de procedimiento ya obsoletos o con exigencias político-jurídicas que hayan tenido corta vida, ancladas en la Constitución, es demasiado alto.

a) Aclaración judicial y derecho a ser oído

¹³⁴ **BGHZ** 75, 138, 142; 76, 173, 178; por todos, **Thomas-Putzo**, op. cit. (nota al pie 108), § 296, observaciones 2b y c.

¹³⁵ **BGH** en NJW 1980, 1102/1103.

¹³⁶ Sobre esto, véase **Stürner**, "Verfahrensgrundsätze des Zivilprozesses und Verfassung" [Fundamentos del proceso en el procedimiento civil y Constitución], en Festschrift für Fritz Baur [Libro en homenaje a Fritz Baur], 1981, pgs. 647 y sgtes.

En primer lugar, se hará referencia al artículo 103 I de la Ley Fundamental, para comenzar por la norma constitucional que admite la interpretación más segura. La observancia del derecho a ser oído supone que las partes hayan tenido la oportunidad de manifestarse respecto a la cuestión debatida, tal como el tribunal la ha concebido como fundamento de su decisión. Esto significa, sobre todo, que sólo los hechos y los medios de prueba conocidos por las partes pueden ser considerados y valorados, y que el tribunal debe tomar en cuenta los hechos y medios de prueba que las partes hayan sometido a su consideración. Si una de las partes expone determinados hechos, la otra, según el Código Procesal Civil, debe tener la oportunidad para manifestar lo que considere conveniente respecto de ellos; sin embargo, el artículo 103 I de la Ley Fundamental no obliga en modo alguno al juez a provocar la exposición de hechos o la manifestación respecto de hechos que la contraparte haya hecho valer¹³⁷. Medios de prueba decretados de oficio o la notoriedad de un hecho sólo pueden ser esgrimidos como fundamento de la convicción del tribunal, en cuanto hayan sido conocidos o debieran haber sido conocidos por las partes; en consecuencia, de acuerdo con los §§ 139 y 278, las partes deben ser advertidas, si corresponde, respecto a la consideración por parte del tribunal de dicha prueba o hechos¹³⁸. No hay un mandato constitucional general que pueda derivarse del artículo 103 I de la Ley Fundamental, en el sentido de obligar al juez a manifestar su parecer jurídico¹³⁹. Podría haber una excepción a este principio bajo determinadas circunstancias, en el caso de que el tribunal funde su decisión sobre una opinión jurídica completamente nueva, que sorprende a las

¹³⁷ Sigue siendo muy esclarecedora sobre el tema de las pretensiones injustificadas respecto al derecho a ser oído, la contribución de **W. Henckel**, ZZP 77 (1964) 321 y sgtes., 340 y sgtes.

¹³⁸ Cfr. **BVerfGE** 32, 195, 197 y sgte. (conocimiento sobre recepción de prueba de oficio); **BVerfGE** 10, 177, 183 (introducción de hechos notorios en el procedimiento). Véase también III 4 d, párrafo 74, especialmente la nota al pie 242.

¹³⁹ **BVerfGE** 31, 364, 370; probablemente también **BVerfGE** NJW 1980, 1093 (sentencia acordada por una comisión de tres miembros, conocida como *Dreierausschuss* [N. del T.: El Tribunal Constitucional alemán puede funcionar en comisiones de tres miembros, cuya función básica es pronunciarse sobre la admisibilidad de los recursos que se presentan a dicho tribunal; en la práctica estas comisiones resuelven la gran mayoría de los casos]); también **Rosenberg-Schwab**, op.cit. (nota al pie 67), § 85 III 3, pg. 463, con referencias bibliográficas sobre la opinión predominante. Las opiniones disidentes no se hicieron esperar, siendo la primera seguramente la de **A. Arndt**, "Das rechtliche Gehör" [El derecho a ser oído], NJW 1959, pg. 6, columna derecha.

partes¹⁴⁰. Sin embargo, no hay seguridad al respecto, puesto que sobre la materia no existe aún una decisión clara del Tribunal Constitucional Federal¹⁴¹. En tal situación podría afirmarse que, en todo caso, el artículo 103 I de la Ley Fundamental resulta parcialmente aplicable, por cuanto los hechos, tal como fueron introducidos al procedimiento por las partes, no se corresponden con la apreciación jurídica que ha hecho el tribunal, por lo que habría sido necesaria una complementación de la exposición original¹⁴².

Aclaración judicial e igualdad de armas

Se podría estar tentado a inferir del principio general de la “igualdad de armas”, en cuanto manifestación procesal especial del artículo 3 I de la Ley Fundamental, que la función de indicación judicial se encuentra garantizada constitucionalmente: se trataría de la compensación de la inferioridad social por el juez como una consecuencia del principio de igualdad. El principio de la igualdad de armas ha sido comprendido mayoritariamente como una garantía de las iguales posibilidades de intervención de las partes en el proceso –eso, en la medida en que la literatura procesal civil se ocupa efectivamente de este principio. Se trata, concretamente, de que condiciones económicas más precarias no traigan aparejadas desventajas para la posición procesal¹⁴³. La ayuda procesal del juez a la parte más débil como manifestación del

¹⁴⁰ Así, **Bundesverwaltungsgericht** [Tribunal Administrativo Federal, en adelante, BVerwG, por su sigla en alemán], en NJW 1961, 891; **BGH**, en NJW 1976, 474; **Rosenberg-Schwab**, op.cit. (nota al pie 67), § 85 III 4, pg. 463; **Stürner**, op.cit. (nota al pie 136) pgs., 654, 658.

¹⁴¹ Muy moderada la sentencia del **BVerfG** en NJW 1980, 1093; cabe hacer notar, sin embargo, que la decisión no tuvo importancia práctica para el recurrente (decisión pronunciada por una comisión de tres miembros).

¹⁴² En este sentido probablemente también **M. Wolf**, “Gerichtliches Verfahrensrecht” [Derecho procesal de tribunales] 1978, pgs. 38/39.

¹⁴³ Fundamentalmente **E. Bötticher**, “Gleichbehandlung und Waffengleichheit” [Igualdad de trato e igualdad de armas], 1979, pgs. 11 y sgtes., ahora último especialmente **M. Wolf**, op.cit. (nota al pie 142) pgs. 35/36; asimismo, **Stürner**; “Die Einwirkungen der Verfassung auf das

principio de igualdad ha ganado notoriedad últimamente sobre todo con el voto de minoría de la resolución sobre responsabilidad médica y con Wassermann¹⁴⁴. En cambio, la mitad de los jueces del Tribunal Constitucional que suscribió esa misma resolución, adscribió a la fórmula de la “equivalencia de la posición procesal de las partes ante el juez”, desechando una concepción material de la igualdad de armas (que implicaba, por ejemplo, ciertas exenciones probatorias para el paciente que actuaba como demandante)¹⁴⁵.

La cuestión relativa a la ayuda del juez a la parte menos hábil no es, en mi opinión, un problema de igualdad; de lo contrario, habría que asumir que frente a las desigualdades en cuanto a la habilidad o la capacidad para hacer prevalecer la propia voluntad, existiría un deber constitucional de restablecer la igualdad a través de la asistencia estatal, –una afirmación que, concebida en términos tan generales, es sin duda incorrecta. En realidad, no se trata de la igualdad en el proceso, sino de si el Estado Social de Derecho puede hacer depender la garantía del respeto al Derecho y del acceso a la justicia de la habilidad de las partes. Demostrativo al respecto es el hecho de que Wassermann trate la materia en el contexto del principio social de bienestar; en tal sentido, no es la idea de igualdad, sino más bien la de asistencia estatal en los aspectos personal y patrimonial la que podría hacer aparecer como necesaria la ayuda procesal del juez. El problema debería ser tratado, en consecuencia, a nivel constitucional en relación con la garantía de un procedimiento propio de un Estado Social de Derecho.

Aclaración judicial y la garantía de un procedimiento justo en el marco de un Estado Social de Derecho

Zivilrecht und den Zivilprozeß” [Las influencias de la Constitución sobre el Derecho Civil y el Derecho Procesal Civil], en NJW 1979, pgs. 2334, 2337.

¹⁴⁴ BVerfGE 52, 131, 143 y sptes; Wassermann, op.cit. (nota al pie 18) pg. 90. ¡Los jueces que disintieron deberían haberse apoyado en Wassermann y no en Dürig! Sobre esto, Stürner, NJW 1979, pg. 2337.

¹⁴⁵ BVerfGE 52, 131, 156 y spte.

En numerosas sentencias el Tribunal Constitucional ha derivado el derecho fundamental de naturaleza procesal a un procedimiento justo en el marco de un Estado Social de Derecho, del derecho material afectado en cada caso (así, por ejemplo, de los artículos 2 I, 14 I, de la Ley Fundamental), conjuntamente con el principio del Estado Social de Derecho¹⁴⁶. En las resoluciones sobre el procedimiento de venta judicial forzosa¹⁴⁷, la garantía constitucional relativa a la asistencia judicial se concreta en una noción bastante amplia, que se extiende incluso a cuestiones de comportamiento táctico procesal. Al respecto hay que tener presente las particularidades de dicho procedimiento, que ya esbozamos: intensa intervención de la propiedad para fines del cumplimiento y gravosas consecuencias para el afectado desde el punto de vista económico. En la resolución sobre responsabilidad médica¹⁴⁸, los jueces que suscribieron la decisión redujeron considerablemente esta concepción amplia para el caso del procedimiento civil de lato conocimiento. Aun así, es evidente que el Tribunal Constitucional Federal parte de la base de que las exigencias propias de un procedimiento justo en el marco de un Estado de Derecho no se cumplirían si no existiera el § 139 del Código Procesal Civil.

En mi opinión, debe tenerse en cuenta que las exigencias de un procedimiento justo no pueden establecerse, tampoco a nivel constitucional, de forma abstracta, sino que tomando en consideración las particularidades del procedimiento de que se trate. Esto significa que en un procedimiento dirigido por un juez, sin representación letrada o con una representación a menudo incompetente debido a la falta de calificación del abogado litigante, el umbral del “abandono judicial” contrario a la Constitución se alcanza antes que en el caso de un procedimiento con preeminencia de las partes, en el que las mismas están representadas por abogados calificados. En todo caso, también el procedimiento inglés, con una actividad judicial mínima, pero con abogados litigantes especiales, estaría, en mi opinión, conforme con la Constitución. De ahí que

¹⁴⁶ BVerfGE 35, 348, 361 y sgte; 37, 132, 148; 39, 276, 294; 42, 64, 74 y sgtes.; 46, 325, 334/335; 49, 220, 225; 52, 131, 143, 155.

¹⁴⁷ Cfr. nota al pie 23.

¹⁴⁸ BVerfGE 52, 131, 153/154.

la tesis según la cual el deber del juez de formular indicaciones a las partes constituiría, en esencia, un mandato constitucional¹⁴⁹, deba ser tomada con cautela y sea válida únicamente en las circunstancias actuales¹⁵⁰.

Es alentador que el Tribunal Constitucional Federal señalara claramente en la resolución sobre responsabilidad médica¹⁵¹, que el principio constitucional de la neutralidad y la distancia judicial restringen el mandato constitucional de asistencia judicial. Mediante dicha declaración se corrigió la impresión que había dejado la resolución sobre el procedimiento de venta judicial forzosa¹⁵², en el sentido de que la neutralidad no es otra cosa que la búsqueda, por parte del juez, de la justicia material en el caso concreto. La Constitución entrega al legislador, y con ello también al juez que aplica y concretiza el Derecho, un cierto margen en la determinación de los límites, el cual no ha sido nunca superado por la, a mi juicio correcta, práctica judicial tradicional. Lo único que prohíbe la Constitución en el actual sistema procesal general son las posiciones extremas, pero en la mayoría de los casos no proporciona criterios más concretos.

Acción de inconstitucionalidad por aclaración negligente

La acción de inconstitucionalidad por la infracción del deber judicial de asistencia presupone que el §139 no sólo se haya aplicado en forma errónea, sino, además, que dicha aplicación no sea justificable desde ningún punto de vista jurídico-constitucional¹⁵³. Los criterios de este “control de justificabilidad”, que permitan

¹⁴⁹ **Rosenberg-Schwab**, op.cit. (nota al pie 67), § 1 VII, pg. 6.

¹⁵⁰ **Stürner**, NJW 1979, 2334, 2336; del mismo autor, Libro en homenaje a F. Baur, pgs. 647, 654/655.

¹⁵¹ **BVerfGE** 52, 131, 154.

¹⁵² Especialmente en **BVerfGE** 42, 64, 78.

distinguir entre simples infracciones legales y violaciones constitucionales, son difíciles de establecer. En todo caso, la infracción del § 139 ha de ser de cierta gravedad tanto en cuanto a su entidad como a las consecuencias que acarree para la parte afectada.¹⁵⁴.

Resumen y valoración del desarrollo

a) Resumen

Como conclusión de las reflexiones generales se puede afirmar que:

- (1) Tanto la historia del Derecho como la legislación extranjera, así como también la comparación de procedimientos al interior de Alemania, muestran que, al repartir la responsabilidad por la conducción del proceso, las soluciones puras y las posiciones extremas han tenido y tienen actualmente escasa aceptación, y que aun en caso de ser adoptadas, la práctica actúa como un regulador que tiende hacia el equilibrio. Los cambios en la ponderación que se observan en la historia y en el Derecho Comparado, deberían generar escepticismo sobre exageradas pretensiones de corrección o una fe ciega en el progresismo del Estado Social.
- (2) El Código Procesal Civil encarna, sin rupturas sistémicas, los principios de disposición y de aportación de partes; la actividad del juez consiste únicamente en incentivar la actividad de las partes. El Código Procesal Civil otorga a las partes una amplia libertad, pero sin dejarlas libradas por completo a las posibles consecuencias adversas de la misma.

¹⁵³ **BVerfGE** 42, 64, 72 y sgtes.; 52, 131, 157 y sgtes. Sobre el incorrecto “desvío” que supone la remisión al artículo 3 I de la Constitución en la resolución sobre venta judicial forzosa, **Geiger**, en **BVerfGE** 42, pgs. 79-84; **Stürner**, en NJW 1979, 2334, 2337.

¹⁵⁴ Sobre esto, en general **Hesse**, “*Europäische Grundrechte-Zeitschrift*” [Revista europea sobre derechos humanos], 1978, pgs. 427, 432/433.

- (3) Parece apropiado que para garantizar la responsabilidad de los abogados el deber judicial de indicación esté sometido, en principio, a condiciones más estrictas en el caso del procedimiento con representación letrada, que en los procedimientos en que no existe dicha representación.
- (4) La neutralidad judicial no debe ser entendida sólo como una búsqueda de justicia material, sino como un deber formalizado de distancia. El juez tiende a identificarse demasiado con el rol procesal de parte cuando le recomienda la realización de nuevas actividades procesales. En el ejercicio de sus facultades de aclaración el juez no dispone en modo alguno de un espacio de discrecionalidad, sino que únicamente de un margen relativamente estrecho de apreciación, cuya utilización está sujeta a control por la vía de la casación y que, en caso de que ser sobrepasado, hace incurrir en parcialidad al juez. Sólo hay discrecionalidad en lo que atañe al alcance de la aclaración de cuestiones jurídicas. Debe garantizarse el derecho de las partes a intervenir ampliamente en el proceso; de lo contrario, se corre el riesgo de caer en parcialidad.
- (5) Los efectos de aceleración del procedimiento que tiene la aclaración judicial peligran, si debido a exigencias exageradas la preclusión pierde toda efectividad.
- (6) La Constitución ordena neutralidad judicial, en el sentido de distancia, y asistencia judicial. La única actividad prohibida en el contexto del actual sistema procesal actual, es efectuar ponderaciones erróneas extremas.

Valoración del desarrollo

Permítase una observación general más al diagnóstico que antecede. En el prólogo de su obra “El proceso como situación jurídica”, que significó todo un hito, James Goldschmidt escribió en 1925 –esto es, con pleno conocimiento del movimiento de socialización del proceso, liderado por el austríaco Franz Klein– que es preciso reconocer que el proceso sólo garantiza la expectativa de realización de un derecho, pero en ningún el derecho mismo; cada una de las partes debe luchar por éste. Este análisis empírico, inspirado hasta cierto punto en el darwinismo, que concibe el

proceso como una guerra, ha sido atacado con frecuencia¹⁵⁵. Hoy día, a la imagen de la lucha por el derecho se contraponen la pretensión de que se haga justicia, propia de un Estado social. La sociedad no descansará hasta que el proceso forme parte del estándar de vida de cada ciudadano; hasta que éste –para formularlo en términos polémicos– reciba las herramientas necesarias para litigar como una prestación estatal entregada “a domicilio”, tal como sucede con la educación, la seguridad social o la asistencia médica. Para el proceso rige lo mismo que para cualquier otra prestación estatal: el Estado y los tribunales se ven sobrepasados; así, la consigna del proceso civil social¹⁵⁶ da lugar a las frases hechas de que el acceso a la justicia es un bien escaso¹⁵⁷, o que el Derecho es un recurso agotable¹⁵⁸. La asistencia judicial es una prestación estatal. El proceso inglés muestra que los procedimientos en los que no existe asistencia son menos costosos para el Estado: si la parte no demuestra su derecho, sencillamente pierde el proceso. Incluso en el proceso, la propia actividad de las partes requiere ser incentivada. Así las cosas, James Goldschmidt no tenía menos razón que quienes propugnan el proceso civil social. Quizás se requiera un poco de presión para que nuestra sociedad comience a reconocer nuevamente estas simples verdades¹⁵⁹.

¹⁵⁵ En especial, **Fritz von Hippel**, “Wahrheits- und Aufklärungspflicht der Parteien im Zivilprozeß” [Deber de veracidad y de aclaración de las partes en el proceso civil], 1939, pgs. 321 y sgtes., 327 y sgtes.; sobre lo justificado de dicha crítica, **Stürner**, op.cit. (nota al pie 68), § 5 IV 2, pgs. 57 y sgtes.

¹⁵⁶ **Wassermann**, “Der soziale Zivilprozeß” [El proceso civil social], 1978.

¹⁵⁷ **Benda**, DRiZ 1979, 357 y sgtes., 362.

¹⁵⁸ **Pfeiffer**, en *Zeitschrift für Rechtspolitik* [Revista sobre política jurídica, ZRP por su sigla en alemán], 1981, 121.

¹⁵⁹ En este sentido, en mi opinión un tanto poco realistas las reflexiones de Wassermann, op.cit. (nota al pie 156), pgs. 177 y sgtes., y las de Pfeiffer, en ZRP, 1981, pgs.123 y sgtes. No se quiere reconocer, que para la administración de justicia valen las mismas leyes del mercado que para la prestación de servicios médicos. Tal como en algún momento la asistencia médica para alargar la vida se vuelve demasiado cara, así también la asistencia jurídica para todos se estrella con la barrera de los costos. Los llamados a la racionalización o a la autoayuda cívica no servirán de mucho en el largo plazo.

Cuestiones particulares del deber de indicación

Cuando en las líneas que siguen se analicen cuestiones particulares típicas, de inmediato quedará de manifiesto que la jurisprudencia en su conjunto, gracias a un sano instinto, ha seguido la línea que ha sido reseñada.

1. Deber de indicación respecto a requisitos procesales

Los requisitos procesales deben comprobarse de oficio. Eso no significa, sin embargo, que deba existir una investigación de oficio al respecto: el tribunal debe limitarse a estudiar las cuestiones que han sido introducidas al proceso o que resulten notorias. De acuerdo al §139, el tribunal debe exigir a las partes que manifiesten sus dudas acerca de la certeza de alguna cuestión o realicen los descargos que fueren necesarios¹⁶⁰. Si en una apelación, por ejemplo, no existe claridad acerca del cumplimiento de las condiciones que hacen procedente la notificación sustitutiva de la sentencia (§ 182 del Código Procesal Civil), el tribunal está obligado a indicarlo con el fin de esclarecer definitivamente el punto¹⁶¹. En algunos casos, además de la indicación, podrá haber también asistencia; por ejemplo, si en vez de demandar al representante legal¹⁶², se demanda a un colegio o a una parte procesalmente incapaz que carece de representación legal¹⁶³. Sin embargo, la extensión de los deberes del juez en este caso es algo que no está exento de dudas. Una interpretación muy amplia de tales deberes fue la que llevó a cabo el Tribunal Superior Estatal

¹⁶⁰ Sobre esto, **BGH NJW** 1968, pg. 149; por todos, **Rosenberg-Schwab**, op.cit. (nota al pie 67), § 97 V 2, pg. 549; en el mismo sentido, **Rimmelspacher**, “Zur Prüfung von Amts wegen im Zivilprozeß” [Sobre la comprobación de oficio en el proceso civil], 1966, pgs. 26 y sgtes., 150.

¹⁶¹ **BGH NJW** 1968, 149.

¹⁶² **OLG Hamm MDR** 1977, 940.

¹⁶³ **OLG de Schleswig-Holstein**, en Schleswig-Holsteinische Anzeigen [Avisos de Schleswig-Holstein, revista de jurisprudencia] 1978, 108.

(*Oberlandesgericht*, en adelante, OLG por su sigla en alemán) de Hamm¹⁶⁴. El demandante quería impugnar la filiación matrimonial de su hijo, pero omitió señalar un domicilio y un representante legal; el OLG estimó que la indicación sobre la ineptitud del libelo, realizada en forma conjunta con una citación al tribunal, era insuficiente, en atención a que había faltado una indicación sobre la gravedad de las consecuencias que tendría el transcurso del plazo legal sin realizar la impugnación. Se podría estimar que la decisión es correcta, teniendo en cuenta que la parte no estaba representada por un abogado, y que se trataba de una cuestión relevante. En una antigua sentencia del año 1951, el Tribunal Supremo Federal [*Bundesgerichtshof*]¹⁶⁵ estimó que un tribunal no estaba obligado a indicarle al demandante la posibilidad de nombrar un curador procesal ad litem, de acuerdo al § 57 I. Este fallo sigue siendo correcto hasta hoy, si se considera que la parte contaba con representación letrada y que la incapacidad era conocida con mucha anterioridad a la dictación del fallo.

Respecto a impedimentos procesales¹⁶⁶ (*Prozeshindernisse*), esto es, verdaderas excepciones procesales, el tribunal no puede ni debe hacer indicación alguna, salvo que una parte de hecho ya la haya hecho valer¹⁶⁷.

Deber de indicación respecto a solicitudes procesales y materiales

a) Casos típicos del deber de indicación

El juez puede y debe apoyar a las partes en la formulación de solicitudes correctas, siempre y cuando exista claridad en cuanto al objetivo procesal que persigue la parte, y que solamente se trate de realizar la presentación adecuada, tanto desde el punto de

¹⁶⁴ **OLG Hamm** en FamRZ 1977, 551.

¹⁶⁵ **BGH LM**, N° 1, sobre el § 56 del Código Procesal Civil.

¹⁶⁶ Sobre el concepto, véase **Rosenberg-Schwab**, op.cit. (nota al pie 67), § 97 IV, pg. 548.

¹⁶⁷ Cfr. sobre la excepción, en general, III 5b, párrafos 78 y sgtes.; sobre indicaciones relativas a la incompetencia, III 6, párrafo 91.

vista procesal como material^{167a}. Esto, que es válido para el procedimiento civil ordinario, lo es con mucha mayor razón para aquellos procedimientos que, no obstante estar regidos por el principio inquisitivo, sólo pueden iniciarse a instancia de parte. Si, por ejemplo, el demandante presenta una demanda parcial respecto a una suma de dinero que forma parte de una pretensión total mucho más amplia, sin especificarla, corresponde que el tribunal realice la indicación correspondiente^{167b}. Pero basta que la indicación se efectúe en una sola de las instancias, de manera que el tribunal superior no necesita repetir una indicación que ya ha sido formulada. Si el demandante persigue que se declare su calidad de socio gestor, entonces puede recomendársele, si procediere, que presente una demanda subsidiaria para que se le reconozca como socio comanditario¹⁶⁸. Lo mismo vale para el caso en que se incurra en confusión en cuanto a la naturaleza de la pretensión de que se trate, por ejemplo, de liberación (*Freistellungsanspruch*) y de pago (*Zahlungsanspruch*)¹⁶⁹, o de liberación y de indemnización (*Feststellung der Ersatzpflicht*)¹⁷⁰. La demanda ejecutiva (*Leistungsklage*) en que se solicita que se remunere al demandante “de acuerdo a una determinada escala de remuneraciones”, debe ser transformada, mediante una indicación, en una demanda declarativa¹⁷¹. El asignatario de cuota hereditaria obligatoria que demanda a un donatario del causante para que se complete su cuota obligatoria de acuerdo al § 2329 del Código Civil (*Bürgerliches Gesetzbuch*, BGB, por su sigla en alemán), solicitando pago en vez de ejecución forzosa, es otro ejemplo en

^{167a} Cfr. **BHG** NJW 1968, 2193, 2198 (concreción de una pretensión relativa a la remoción de instalaciones de producción); BGH en NJW 1982, 441, 443 (escrito de solicitud para transmisión o transferencia de partes de un inmueble, cuya división todavía no había sido realizado en forma solemne).

^{167b} **BGH LM**, N°. 9 sobre el § 139 del Código Procesal Civil; en sentido similar **BGHZ** 11, 192, 195.

¹⁶⁸ **BGHZ** 69, 47, 52.

¹⁶⁹ **OLG de Colonia** MDR 1980, 674.

¹⁷⁰ **BGH** NJW 1981, 870; NJW 1980, 1450.

¹⁷¹ **BAG** en *Recht der Arbeit* [Revista sobre Derecho del trabajo, en adelante, RdA, por su sigla en alemán], 1973, 277; decisión similar en el caso de una solicitud de divorcio, cuando sólo se puede demandar la declaración de inexistencia del matrimonio (**BGHZ** 4, 314, 321).

que también procede utilizar la indicación judicial para corregir el error¹⁷². Parecida es la situación en que se demanda partición en vez de pago directamente¹⁷³, o bien se solicita la inadmisibilidad del cumplimiento forzado en vez de demandar su cese y la entrega del título¹⁷⁴. La demanda que persigue la cesión de un negocio, debe ser transformada, mediante la correspondiente indicación, en la (adecuada) acción para la obtención de su entrega¹⁷⁵. Quien solicita la declaración de nulidad de un acto de transferencia real, puede esperar una indicación en el sentido de que debería presentar una solicitud de restitución, por cuanto la cancelación retroactiva del acto sólo es posible tratándose de obligaciones¹⁷⁶: en este caso, “lo menos” está contenido en “lo más” originalmente solicitado, por lo que no puede estimarse que haya habido una modificación de la finalidad procesal. Este acertado fallo del Tribunal Supremo Federal está, a mi entender, en contradicción con una decisión posterior que niega la existencia del deber de indicación en relación con la posibilidad de interponer una acción de cumplimiento (indemnización o enriquecimiento) en el caso de una fallida acción de entrega¹⁷⁷. En todo caso, la decisión podría justificarse con el argumento de que la falta de prueba sobre el dominio actual debió ser evidente para el demandante que contaba con representación letrada. Con todo, dicha decisión no constituye una línea jurisprudencial consolidada¹⁷⁸. Correcto es, en cambio, que el Tribunal Federal del Trabajo, ante la inminente declaración de ilegalidad de una medida disciplinaria, haya estimado que existe un deber de alertar al empleador demandado sobre la posibilidad de solicitar que se declare la legitimidad de una medida disciplinaria de menor

¹⁷² **BGH LM**, N°. 2, sobre el § 2325 del Bürgerliches Gesetzbuch [Código Civil alemán, en adelante BGB por su sigla en alemán].

¹⁷³ **BGHZ** 8, 249, 256 (Sobre *Innengesellschaft* [N. del T.: sociedad “interna”, especie de sociedad que no aparece como tal ante terceros] en vez de la sociedad común, regulada en el BGB).

¹⁷⁴ **BGHZ** 26, 391, 394.

¹⁷⁵ **BGHZ** 47, 293, 302.

¹⁷⁶ **BGHZ** 3, 206, 213.

¹⁷⁷ **BGHZ** 7, 208, 211.

¹⁷⁸ **BGHZ** 18, 366, 373 afirma nuevamente, con razón, el correspondiente deber de indicación por parte del tribunal, al igual que **BGH NJW** 1953, 217.

entidad¹⁷⁹. En el mismo sentido se orienta una sentencia del Tribunal Supremo Federal: si la solicitud de asumir una carga inmobiliaria [*Baulastf*] no tiene éxito, debe indicarse la posibilidad de solicitar la asunción de una carga de menor entidad¹⁸⁰.

La indicación prohibida

Así como hay claros ejemplos en que resulta obligatorio hacer una indicación, hay también otros igualmente claros en los que, por el contrario, la indicación está prohibida. Se trata de casos en que la finalidad del procedimiento sufriría una modificación, ya sea cualitativa o cuantitativa. Tal como ha señalado el Tribunal Federal del Trabajo, hay que partir de la base de que el juez no debe sugerir un aumento de los montos demandados originalmente¹⁸¹; lo mismo vale para una apelación¹⁸². Del mismo modo, la indicación para incorporar en la demanda intereses atrasados es motivo suficiente de recusación y, por lo tanto, no está permitida. Esto fue confirmado por el Tribunal Superior Estatal de Colonia, incluso en un caso en que el monto de los intereses era considerable y el deudor había obstaculizado el procedimiento, ocasionando demoras¹⁸³. Por supuesto que la situación es distinta si es el propio tribunal el que, resolviendo erróneamente sobre el beneficio de pobreza – ahora denominada asistencia para costas procesales– ocasionó la disminución del monto demandado¹⁸⁴. Si la exposición de las partes no proporciona ningún elemento

¹⁷⁹ **BAG** en MDR 1972, 639, y también en NJW 1972, 1070.

¹⁸⁰ **BGH** en NJW 1978, 695.

¹⁸¹ **BAG** en AP N°. 47 sobre los §§ 22 y 23 de la *Bundesangestelltentarifvertrag* [Regulación tarifaria para los empleados federales]; en sentido similar **BGH** en NJW 1968, 1720, 1722 (reconocimiento como inventor exclusivo, en vez de co-inventor).

¹⁸² **BGH** en *Versicherungsrecht* [Revista del Derecho de seguros, en adelante, VersR por su sigla en alemán] 1961, 423, 424.

¹⁸³ **OLG de Colonia** en MDR 1972, 779.

¹⁸⁴ **OLG de Colonia** en MDR 1975, 148.

que pudiera justificar la medida de protección de la ejecución forzosa [*Vollstreckungsschutzanträge*], entonces no corresponde al juez indicar sobre dicha posibilidad a la parte¹⁸⁵. Pero el juez debería advertir sobre la posibilidad de solicitar una recusación, si tal solicitud no se presentó debido a un error en la información que entregó la propia secretaría del tribunal¹⁸⁶.

Casos dudosos

El Tribunal Supremo asumió que hubo una modificación de la finalidad procesal en un caso en el que se reemplazó una demanda ejecutiva reconvenzional con pocas probabilidades de éxito por una acción declarativa negativa¹⁸⁷. A pesar de la amplia aprobación que esta decisión ha encontrado en la literatura¹⁸⁸, ella es, en mi opinión, demasiado estricta, puesto que lo que pretendía el demandante era precisamente impugnar la legitimidad del crédito contenido en el título (medida precautoria). Aunque debe reconocerse también que la acción declarativa negativa va más allá que la declaración de improcedencia de la ejecución forzosa; además, el demandante contaba con representación letrada – se trata, por consiguiente, de una decisión discutible, pero no necesariamente errónea. Controvertida es también la cuestión relativa a si el tribunal debe sugerir la interposición de una demanda escalonada^{*}, en el

¹⁸⁵ **BGH LM** N°. 5 sobre el § 765a del ZPO.

¹⁸⁶ **BGH** en NJW 1981, 1273, 1274 (deja abierta la cuestión).

¹⁸⁷ **BGHZ** 24, 269, 278.

¹⁸⁸ Por ejemplo, **Thomas-Putzo**, op. cit. (nota al pie 108), § 139, observación 2 b.

* N. del T.: La “demanda escalonada” [*Stufenklage*], consiste en una especie de demanda especial, aplicable para casos en que se exigen prestaciones distintas, pero relacionadas, de forma tal que en la primera etapa se debe acompañar documentación o constancias patrimoniales, en la segunda, asegurar bajo juramento la veracidad de los antecedentes acompañados en la primera etapa, y en la tercera, demandar el cumplimiento. No es necesario que en la primera o segunda etapa estén determinados los montos a demandar en la tercera etapa.

evento de que el demandante enfrente problemas de prueba¹⁸⁹. En mi opinión, no existe en este caso una modificación de la finalidad procesal, porque la demanda de información (que generalmente se materializa mediante una demanda escalonada) es únicamente una herramienta auxiliar, accesoria a la demanda principal; en consecuencia, la indicación en este caso será admisible e incluso obligatoria por regla general, aun cuando excepcionalmente pueda estar justificada la decisión contraria si ha habido tramitación procesal negligente¹⁹⁰. Si de la fundamentación de un recurso de apelación presentado por un abogado se infiere que él considera que el incumplimiento de un plazo se produjo por motivos que lo hacen excusable y que además dicho incumplimiento no causó daño, entonces debe el tribunal, en mi opinión y en contra de lo señalado por el Tribunal Federal Supremo¹⁹¹, una indicación sobre la posibilidad de solicitar que la causa se retrotraiga al estado anterior al del incumplimiento del plazo.

Existe una concepción, de acuerdo con la cual existiría también un deber de indicación en el caso de partes no representadas por un abogado, para hacerles presente la posibilidad de presentar nuevas solicitudes, cuando de lo contrario sus intereses puedan verse seriamente perjudicados. Así, el Tribunal Estatal de Oldenburgo indicó a una mujer casada menor de edad, contra quien se presentó una demanda de divorcio, la posibilidad de demandar reconventionalmente la nulidad del matrimonio¹⁹². Esta sentencia sigue la tesis sustentada por el Tribunal Constitucional Federal en sus resoluciones sobre ejecución forzosa: consecuencias graves requieren en forma excepcional un nivel de asistencia mayor. En ese sentido, no puede afirmarse que este caso establezca una regla para la práctica común.

¹⁸⁹ Cfr. **OLG de Colonia** en OLGZ 1979, 205 (§ 1934d BGB), y **OLG de Colonia** en JurBüro 1975, 1506. La cuestión queda abierta en **BGH** NJW 1981, 1738, 1740 (indicación sobre derecho a información para probar los hechos invocados en una demanda en que se exige el cese de cierta actividad).

¹⁹⁰ **OLG de Colonia** en JurBüro 1975, 1506.

¹⁹¹ **BGH** en VersR 1965, 981, 982; también en **Landesarbeitsgericht** [Tribunal Estatal del Trabajo, en adelante, LAG por su sigla en alemán] **de Fráncfort** en NJW 1966, 800.

¹⁹² **LG de Oldenburgo** en MDR 1973, 680.

Si bien es correcto enmendar solicitudes o escritos erróneos cuando la finalidad procesal aparece claramente manifestada, cabe preguntarse cuál debería ser la solución si el error recae precisamente sobre la finalidad procesal. Al Tribunal Superior Estatal de Berlín [*Kammergericht*]¹⁹³ se le presentó el siguiente caso: un abogado recién nombrado en una causa fue a la audiencia desinformado y solicitó el rechazo de la demanda. El abogado demandante señaló que el antiguo abogado de la parte demandada había alegado cumplimiento parcial, y anunciado, respecto a lo demás, la contestación de la demanda. El tribunal dictó sentencia ordinaria, por cuanto el demandado había concurrido al debate y había admitido los hechos, en conformidad al §138 III del Código Procesal Civil. El Tribunal Superior Estatal de Berlín estimó que en este caso el tribunal debió haber aclarado que la solicitud de rechazo de la demanda era improcedente. Si se considera que la parte estaba representada por un abogado, esta concepción va demasiado lejos, puesto que corresponde al abogado decidir si prefiere ser declarado en rebeldía, solicitar un nuevo día y hora para la audiencia o ser condenado en primera instancia por sentencia ordinaria¹⁹⁴. En mi opinión, el tribunal no debe ni puede intervenir en este tipo de disquisiciones táctico-procesales¹⁹⁵.

Retraso en la presentación de solicitudes y sus consecuencias jurídicas sustantivas

En términos generales, al tribunal no le está permitido hacer indicaciones sobre las consecuencias jurídico-materiales derivadas de la presentación tardía de una demanda. Si en una cuestión sobre impugnación de filiación matrimonial el demandante a quien se deniega su solicitud de beneficio de pobreza –ahora, asistencia para costas procesales–, no consigna fondos para las costas procesales,

¹⁹³ **OLGZ** 1977, 479; en sentido similar la decisión del **OLG de Celle** en *Niedersächsische Rechtspflege* [Jurisprudencia del estado de Baja Sajonia, en adelante, *NdsRpfl*, por su sigla en alemán] 1973, 178.

¹⁹⁴ Posiblemente en el sentido también **OLG de Múnich** en *ZZP* 82, (1969), 156, 158.

¹⁹⁵ Por lo mismo, tampoco cabe indicación sobre una táctica procesal más favorable desde el punto de vista de las costas, mediante la interposición de solicitudes distintas: **OLG de Fráncort** en *MDR* 1956, 241 (cuestionable).

retardando con ello la notificación de la demanda y excediendo el plazo máximo para la impugnación, no corresponde una indicación por parte del tribunal. La solución contraria sólo sería admisible en el caso de que el demandante hiciera presente en su demanda el transcurso del plazo para la impugnación, solicitando una liberación provisoria del pago de costas¹⁹⁶. En el caso de que esté por completarse un plazo de prescripción, la solución sería la misma¹⁹⁷. El cumplimiento de los plazos cae en el ámbito de responsabilidad de la parte, de lo contrario el tribunal se vería sobrepasado por los deberes de control.

Deber de indicación en caso de exposición insuficiente de los hechos

a) Casos fundamentales de deber de indicación

En primer lugar, hay que tener presente la regla fundamental: aquello que sólo ha sido esbozado en la exposición de los hechos y que podría ser relevante, requiere una indicación del tribunal para que se profundice al respecto. En principio, esta regla fundamental nunca ha sido puesta en duda¹⁹⁸, y se ha aplicado en cualquier etapa del procedimiento¹⁹⁹ –incluidas las solicitudes para retrotraer el procedimiento a etapas

¹⁹⁶ **BGHZ** 31, 342, 349, y **BGHZ** 25, 66, 77 y sgtes.

¹⁹⁷ Cfr. **BGH** en NJW 1974, 57, publicada también en **BGH LM N°. 19** sobre Landbeschaffungsgesetz [Ley sobre adquisición de terrenos], (página 250 a la derecha: no corresponde indicación respecto al plazo de dos meses para interponer una demanda). En todo caso, el demandante puede esperar el cumplimiento del requerimiento de pago durante un lapso de tiempo razonable (**BGHZ** 69, 361, 364); dicho requerimiento debe distinguirse de la indicación sobre las consecuencias de un pago tardío. La decisión en sentido afirmativo, contenida en **BGHZ** 70, 235, (solicitud de asistencia para costas procesales, poco antes del transcurso del plazo de prescripción), puede justificarse únicamente si la actividad posterior se somete a exigencias particularmente estrictas.

¹⁹⁸ **BGHZ** 7, 208, 212; 31, 384, 387; **OLG de Colonia** VersR 1977, 577; **BAG** en NJW 1967, 1631.

¹⁹⁹ En contra de lo decidido en **BGHZ** 17, 124, 126, la utilidad de una compensación durante la tramitación de una apelación (§ 530 ZPO), sólo puede ser decidida después de que se haya

anteriores²⁰⁰, así como también en la tramitación de la reposición en procedimientos de ejecución forzosa²⁰¹. Eso significa que en el caso de una exposición equívoca o que admite diversas interpretaciones, no puede simplemente subordinarse a las demás aquella alternativa interpretativa que aparezca como de menor relevancia²⁰². En caso de una exposición contradictoria, la contradicción debe ser aclarada²⁰³. Si el demandante, al alegar la incapacidad del testador, la sitúa en un espacio temporal erróneo e irrelevante, entonces debe el tribunal aclarar la dimensión temporal exacta de la afirmación²⁰⁴. La indicación para que se complemente la exposición de los hechos es particularmente necesaria y, por lo mismo, obligatoria, cuando, conforme a la interpretación del tribunal de primera instancia, la exposición de los hechos era suficiente o irrelevante, y recién el tribunal de segunda instancia considera que la fundamentación de hecho es insuficiente²⁰⁵; y también cuando, en una solicitud de exención de prueba (§ 252, oración segunda, del BGB), sea difícil apreciar la extensión y el sentido de los fundamentos fácticos que se invocan²⁰⁶.

demostrado de acuerdo con la indicación del juez. – De manera acertada, **E. Schneider** ha llamado la atención sobre la relevancia de la indicación judicial respecto al uso de formularios en el procedimiento sobre asistencia para costas procesales en MDR 1982, 89, 90.

²⁰⁰ **BGH** en VersR 1978, 719, 720; **BGHZ** 2, 342, 345; **BGH LM** Nr. 13 sobre § 233 del ZPO.

²⁰¹ **OLG de Fráncfort** en Rpfleger 1980, 303 (indicación sobre el § 811 N° 1 del ZPO para el caso del embargo de una cocina); sobre la indicación para una mejor fundamentación de hecho en un procedimiento de venta judicial forzosa, todavía **OLG de Fráncfort** en OLGZ 1978, 380, 383.

²⁰² **BAG** en AP, N° 3 sobre el § 139 del ZPO; **NJW** 1980, 1918; **OLG de Stuttgart** Justiz [Justicia], 1975, 197.

²⁰³ **BGH** en Wertpapiermitteilung [Revista sobre Derecho económico y bancario, en adelante WM por su sigla en alemán], 1979, 587. Esto es válido también, en mi opinión, cuando aparentemente una de las partes quiere retractarse de una confesión, pero falta exponer en forma exacta las razones que justifican el error (§ 290 del ZPO); cfr. **BGH** en NJW 1981, 573.

²⁰⁴ **BGHZ** 23, 207, 211; según **BGH** NJW 1981, 1664, 1665, el tribunal no puede intervenir en el caso de una exposición exenta de contradicciones, pero desventajosa para la parte.

²⁰⁵ **BGH** NJW 1981, 1379; **BGH** NJW 1980, 1567, 1570; **BGHZ** 49, 209, 212; **OLG de Fráncfort** en OLGZ 1977, 425, 427; recientemente **BGH** en NJW 1982, 581.

²⁰⁶ **BGHZ** 30, 7, 17.

Límites del deber de indicación

El deber de indicación tiene también sus límites, los cuales guardan correspondencia con las reglas fundamentales. El tribunal no está obligado a hacer una nueva indicación, si nuevamente se realiza una exposición poco fundada²⁰⁷. En la medida en que la contraparte ya hubiese hecho presente la falta de fundamentación, y siempre que se trate de un caso simple, una indicación del juez en tal sentido a la parte representada por abogado, resulta innecesaria²⁰⁸. Partiendo de la base de la existencia de representación letrada, parece demasiado benévola una sentencia del Tribunal Superior Estatal de Schleswig en un caso en que el abogado fundamentó su demanda en base a informes acompañados, que sólo en forma muy indirecta proporcionaban información relevante para la demanda. En contra de lo afirmado por el Tribunal Superior Estatal de Schleswig, en casos de grave negligencia como ése no existen deberes de asistencia²⁰⁹. Allí donde no hay referencia alguna a un elemento de hecho que pudiera ser relevante en algún sentido, cesa todo derecho y toda obligación para el juez de solicitar información adicional²¹⁰.

Impugnación de los hechos y afirmaciones de la contraparte

Todo lo que se ha dicho a propósito de las afirmaciones, vale también para la impugnación de los hechos²¹¹ y para la aseveración de hechos distintos a los

²⁰⁷ **BGH NJW** 1980, 2522, 2523 (columna derecha).

²⁰⁸ **BGH NJW** 1980, 223, 224.

²⁰⁹ **OLG Schleswig** en MDR 1976, 50, 51.

²¹⁰ **BHG LM**, N° 3 sobre el § 139 del ZPO (violación de deberes matrimoniales).

²¹¹ **OLG de Colonia** en Justizministerialblatt Nordrhein-Westfalen [Revista del Ministerio de Justicia del estado de Renania del Norte – Westfalia], 1974, 137, 138.

expuestos por el demandante²¹². Si el demandado se limita a poner en duda el carácter concluyente de los hechos expuestos en la demanda, sin aportar elementos de hecho en apoyo de sus afirmaciones, el tribunal está obligado a indicarlo si, a su juicio, los hechos expuestos en la demanda sí son concluyentes²¹³, especialmente, si tal apreciación va en contra del parecer corriente en la materia. El deber de indicación respecto a la fundamentación fáctica se impone especialmente en aquellos casos en que la contraparte que no tiene la carga de la prueba está sujeta a un deber aumentado de aportación de hechos según la jurisprudencia, como ocurre, por ejemplo, en los casos en que existe un deber (material) de informar²¹⁴.

Incitación a la introducción de nuevos hechos

Es una cuestión conocidamente controvertida la relativa a si el juez puede exigir que se introduzcan en el proceso nuevos hechos favorables. En términos generales, se puede afirmar que ciertamente está facultado para hacerlo; en algunos casos incluso debe hacerlo, ya sea en forma expresa o tácita, cuando la exposición ha sido insuficiente. ¿Pero puede también el juez definir los hechos nuevos que es preciso introducir, por ejemplo, la exposición relativa a la cesión de derechos litigiosos en caso de falta de legitimación activa, o la exposición de hechos que fundamenten una pretensión de enriquecimiento sin causa, cuando hasta ese momento no se haya hecho mención alguna de circunstancias que pudieran justificarla? Los tribunales han considerado hasta ahora mayoritariamente que el tribunal no está obligado a requerir que se acompañe la cesión de derechos litigiosos, y que, incluso, tal exigencia

²¹² **OLG de Colonia** en GmbHRundschau [Revista Panorama sobre la sociedad de responsabilidad limitada], 1975, 274, 275.

²¹³ **OLG de Colonia** en NJW 1980, 2361, 2362.

²¹⁴ **OLG de Colonia** en OLGZ 1979, 205, 206 (sobre pretensión para completar la porción obligatoria respecto de una sucesión).

constituiría un motivo de recusación²¹⁵. A pesar de que la literatura ha criticado duramente estas decisiones²¹⁶, en mi opinión son correctas, sobre todo si todavía no se había llevado a cabo la cesión de derechos litigiosos. Mientras falte incluso la más mínima insinuación, el juez debe reprimir su fantasía creativa. Se suele pasar por alto el hecho que, según la ley, las facultades del juez equivalen también a sus deberes²¹⁷; esto permite comprender que un juez estaría sobrecargado si tuviera que especular acerca de nuevas posibles configuraciones fácticas del procedimiento²¹⁸. Si, por ejemplo, el demandante funda su acción de indemnización de perjuicios en contra del notario que autorizó un pacto sucesorio, en la nulidad de dicho pacto, el tribunal no está obligado a advertirle sobre la posible existencia de una pretensión indemnizatoria por otro monto, fundada esta vez en otra situación jurídica, que no haya sido aún aclarada²¹⁹.

Cuando de la recepción de la prueba, pública para las partes, se desprenden hechos sustanciales nuevos, constituye, a mi juicio, un deber del juez preguntar a las partes, si desean invocarlos²²⁰ –independientemente, claro está, del problema de la valoración de dichos hechos, en caso de que ninguna de las partes desee

²¹⁵ **OLG de Fráncfort** en NJW 1970, 1884, con comentario crítico de E. Schneider; en sentido similar Entscheidungssammlung des Obersten Landgerichts in Zivilsachen [Recopilación de sentencias del Tribunal Superior del estado de Baviera en materia civil, en adelante, BayOLGZ por su sigla en alemán], 1975, 310, 317.

²¹⁶ **Wassermann**, op.cit. (nota al pie 18), pgs. 174/175.

²¹⁷ Cfr. II 4 c, párrafos 27 y sgtes., 29.

²¹⁸ Por eso, la sentencia **BGHZ** 23, 53, 54/55, niega en forma correcta que haya un deber de indicación judicial respecto a la posible exclusión de una cesión de derechos en favor del demandado, cuando en la instancia previa se había negado lugar a una exclusión expresa, y una exclusión tácita parecía posible, bajo determinadas circunstancias.

²¹⁹ **BGH** en FamRZ, 1958, 275, 277; sobre los límites del deber del tribunal para investigar sobre los hechos concretos en que se funde una pretensión; en sentido correcto la reciente sentencia del **OLG Stuttgart** NJW 1981, 2581, 2582.

²²⁰ En ese sentido, parece dudosa la sentencia del **BGH** en VersR 1968, 58, 60. El criterio correcto es que el tribunal no debe examinar los documentos acompañados con el propósito de buscar hechos nuevos. Pero si, como consecuencia del examen de tales documentos, advierte la existencia de hechos nuevos, ¡entonces debe hacer la correspondiente indicación! Véase también nota al pie 249.

invocarlos²²¹. El Tribunal Supremo Federal, en cambio, negó la existencia de un deber de indicación en el caso en que, a raíz de una consulta realizada por una autoridad administrativa al tribunal, podrían salir a la luz nuevos hechos sustantivos. Esta decisión es correcta, de lo contrario, el tribunal sería parcial²²².

¿Indicación a la parte que no tiene la carga de la afirmación de los hechos?

A propósito de las sugerencias para una mejor fundamentación fáctica, se plantea todavía otro problema especial: ¿puede el juez pedir a una parte una mayor profundización respecto de hechos cuya exposición no le corresponde de acuerdo a las reglas de la carga de la afirmación, cuando esos hechos le resultan desfavorables a dicha parte? Decididamente sí²²³, dado que las partes tienen un deber de veracidad y de realizar declaraciones completas (§138 I del Código Procesal Civil), además de que son ellas mismas las que introducen la cuestión debatida²²⁴. Pero si la parte no comprende el sentido de la pregunta y el juez, por así decirlo, la “engaña” sin prevenirla sobre las posibles consecuencias, podría configurarse, en mi opinión, una causal de recusación; la cuestión resulta, en todo caso, debatible.

Indicación judicial en el marco del § 333 III del Código Procesal Civil

Si se comparte la opinión que parece ser la más correcta, en el sentido de que, en el caso del §331 III del Código Procesal Civil, el carácter no concluyente de la demanda debería acarrear como consecuencia una sentencia de rebeldía impropia,

²²¹ Sobre esto, **Jauernig**, op. cit., § 25 VIII 2 (2), pg. 74, con referencias bibliográficas.

²²² **BGH** en VersR 1957, 588, 590, columna derecha.

²²³ Cfr. también de **OLG de Colonia** en MDR 1970, 597.

²²⁴ Por lo general, la sugerencia debe dirigirse a la parte que tiene la carga de la afirmación de los hechos, cfr. II 2, párrafo 12.

desestimatoria de la demanda²²⁵, se plantea la pregunta de si existe un deber de indicación en dicho caso. A mi entender, por regla general el tribunal debe hacer presente al demandante la falta de fundamentación o el carácter incompleto de su exposición, a fin de darle la posibilidad de no solicitar derechamente que se falle la causa. Si la exposición de los hechos no es concluyente y tampoco da pie para suponer una situación de hecho distinta que sí pudiera serlo, entonces el tribunal no está obligado a sugerir una exposición distinta²²⁶.

Incitación a la exposición de hechos en los procesos sobre contratación en el servicio público

Una evolución especial e interesante es la que se ha dado en el procedimiento de los tribunales del trabajo. Si una autoridad administrativa rechaza la incorporación al servicio público de un extremista político que se ha presentado a concurso, el tribunal del trabajo debe comprobar si el órgano ha hecho un uso correcto de su discrecionalidad para determinar la “idoneidad” (del candidato). En la medida en que el tribunal constate, en base a la aportación de hechos efectuada hasta ese momento, que la decisión del órgano no está suficientemente fundada, a éste le queda la posibilidad de justificar la decisión en forma distinta. Un tribunal administrativo podría emitir un “fallo de información”^{*}, de acuerdo al § 113 IV 2 de la Ley sobre Tribunales Administrativos [*Verwaltungsgerichtsordnung*, VwGO, por su sigla en alemán]; de

²²⁵ **OLG de Celle** en NJW 1980, 2140, contra **OLG de Nuremberg** en NJW 1980, 460.

²²⁶ En ese sentido es correcta la sentencia del **OLG de Celle** en NJW 1980, 2140, 2142, con referencias bibliográficas.

* N. del T.: “Fallo de información” [Bescheidungsurteil] procede cuando, en el marco de una demanda por la no contratación de una persona en un órgano de la Administración del Estado, un tribunal administrativo constata que la no contratación del demandante es ilegal, pero no puede condenar al órgano de la Administración a llevar a cabo la contratación. Tal situación se da especialmente cuando el órgano de la Administración del Estado goza de un ámbito de discrecionalidad en la materia. En ese caso, el tribunal ordena al órgano de la Administración del Estado a informar al demandante, de acuerdo con la comprensión del caso que tiene el tribunal que emite el fallo.

acuerdo con eso, en el procedimiento seguido ante los tribunales del trabajo, el tribunal debe solicitar al órgano, en virtud de lo establecido en el § 139 I del Código Procesal Civil, que justifique o fundamente su decisión en otra forma. Si ello no ocurriera, debe fallarse condenando al órgano a contratar al demandante²²⁷. Dado que al litigante ordinario en un proceso civil muy rara vez se le aplican normas que le entreguen un margen de discrecionalidad o de apreciación, resulta muy difícil que este caso especial marque un precedente. Por lo demás, el § 315 II del Código Civil permite al tribunal adoptar su decisión en lugar de la “determinación discrecional justa” de una de las partes, eligiendo, por tanto, la solución contraria al § 113 IV 2 de la Ley sobre Tribunales Administrativos.

Deber de indicación en el caso de solicitudes relativas a la prueba

a) Error en la solicitud de prueba

De entrada, los casos más claros son aquéllos en los que se presenta un escrito de prueba en forma errónea. En tales casos, por regla general, el tribunal debe intervenir, por ejemplo, llamando la atención sobre la falta de determinación de una solicitud²²⁸, pidiendo datos más precisos sobre la identidad o domicilio de un testigo, o incitando a la individualización más precisa de un documento o de un objeto que deba ser inspeccionado ocularmente. El deber de indicación rige también para el caso de medios de prueba inadmisibles: si se ofrecen declaraciones bajo juramento que no resultan admisibles, existe el deber de incitar a la presentación de una solicitud para que se reciba prueba testimonial²²⁹. Pero tal deber puede no tener lugar en el caso del procedimiento con representación obligatoria por un abogado, siempre que haya

²²⁷ **BAG** en NJW 1981, 71, 73.

²²⁸ **BAG** en *Der Betrieb* [Revista El Negocio, en adelante, DB por su sigla en alemán] 1971, 1105.

²²⁹ **BGH** en VersR 1974, 1021.

habido negligencia y no un error excusable. El Tribunal Constitucional Federal estimó que podía omitirse la indicación relativa a la posibilidad de interrogar a una persona no en calidad de experto, sino como un testigo con conocimientos especiales, si tales conocimientos constaban por escrito en un protocolo operatorio, incluido en un informe pericial²³⁰. En mi opinión, dicha omisión no representa una infracción constitucional, pero sí un error en la aplicación de reglas de rango legal.

Falta de solicitud de pruebas

Más compleja es la cuestión relativa a si corresponde llamar la atención sobre solicitudes de prueba que faltan por completo. En general, los tribunales se inclinan por estimar que sí corresponde²³¹. Tal postura es sin duda correcta, si la importancia de la prueba resulta del avance del proceso o si se trata de un error evidente, como ocurre, por ejemplo, en un caso decidido por el Tribunal Supremo, donde faltaban los documentos acompañados a un escrito²³². En caso de negligencia grave, sin embargo, sobre todo en procedimientos con representación letrada obligatoria, parece imponerse la solución contraria: piénsese en los lamentables escritos de ofrecimiento de prueba de testigos como “N.N.”²³³, sin señalar posteriormente nombre ni domicilio dentro del plazo fijado por el juez a las partes para manifestar lo que estimen oportuno, o la falta

²³⁰ **BVerfGE** 52, 131, 160/161.

²³¹ **BGHZ** 39, 306, 308; **BGH** en VersR 1970, 258, 259; **OLG de Düsseldorf** en NJW 1971, 1707; **OLG de Colonia** en MDR 1980, 674.

²³² **BGH** VersR 1970, 258, 259.

²³³ Una opinión divergente en **BGH** en NJW 1974, 1512, 1513; **BAG** en NJW 1977, 727, 728; **Thomas-Putzo**, op. cit. (nota al pie 116), observación sobre el § 373. Junto con **Baumbach-Hartmann**, Zivilprozeßordnung [Código Procesal Civil], 39ª. ed., 1981, § 356, observación 1, debe partirse de la base, sin embargo, que la solicitud de prueba injustificadamente incompleta no da origen a deber de indicación alguno. Distinta es la situación en que existe una fundamentación objetiva y se anuncia de una presentación posterior.

de ofrecimiento de prueba, a pesar de indicaciones al respecto formuladas en la instancia anterior²³⁴.

Indicación sobre nuevos ofrecimientos de prueba

La pregunta relativa a si procede la indicación acerca de nuevos ofrecimientos de prueba es contestada de distintas formas. En primer lugar, debe señalarse que después de la recepción de la prueba el juez está obligado a dar a conocer su opinión sobre el estado de la cuestión fáctica y de la controversia (§ 278 II 2 del Código Procesal Civil). En virtud de ello, el juez *puede* también comunicar su visión provisoria sobre los resultados de la prueba, o su falta de convicción. Lo anterior no implica, sin embargo, una indicación concreta para presentar nuevos medios de prueba; ésa es una conclusión a la que debe llegar cada parte, en su caso. En caso alguno puede entenderse incluida en el deber de indicación una sugerencia inmediata para realizar nuevas actuaciones probatorias en razón de diligencias probatorias frustradas, o para producir prueba que refute la prueba rendida por la contraparte²³⁵.

La indicación concreta para ofrecer nuevos medios de prueba es obligatoria en caso que el propio juez esté facultado para recibir prueba de oficio, pero no quiera hacerlo²³⁶; no entender que existe un deber de indicación en este caso, significaría dejar a las partes excesivamente entregadas a la discrecionalidad del juez²³⁷. Por lo tanto, si, según el grado de conocimiento del tribunal, es dable recurrir a la remisión de expedientes, la consulta a autoridades o la inspección personal del tribunal como

²³⁴ Cfr. **BGH** en VersR 1961, 610, 611/612.

²³⁵ **BGHZ** 3, 162, 177 (de acuerdo al § 287 del ZPO, no corresponde incitar a la parte a nombrar nuevos testigos en el contexto de una indemnización de perjuicios).

²³⁶ Así probablemente también en **BGHZ** 24, 308, 315: incitación para que la parte acompañe la correspondencia a que ha hecho mención, u orden en conformidad al § 272 b (versión antigua) del ZPO.

²³⁷ Cfr. supra II 2, párrafo 11.

fuentes de información complementarias, procede formular la indicación correspondiente. No sucede así, en cambio, cuando conforme al mérito del proceso no resulta clara la utilidad de otros medios de prueba y sólo puede hacerse especulaciones al respecto²³⁸. Dado que la ley no permite tomar declaración de oficio a los testigos (§ 273 II N° 4 de ZPO), el juez no puede ni debe indicar ni siquiera indirectamente a una de las partes la posibilidad de rendir nueva prueba testimonial, aún cuando del contenido del expediente se desprenda el nombre de nuevos testigos potenciales. En contra de lo que ha decidido el Tribunal Superior Estatal de Fráncfort²³⁹, si el juez hace tales sugerencias incurre en una causal de recusación. En todo caso, la cuestión es discutible. En cambio, el juez bien podría, con fines probatorios, preguntar a una de las partes por qué no presenta a un testigo vinculado al caso, especialmente, si es que teme a su declaración. Esta indicación es más discreta y, sin embargo, produce normalmente el mismo efecto²⁴⁰.

Un caso muy peculiar²⁴¹ que le tocó resolver al Tribunal Supremo Federal es el siguiente: un testigo informó al tribunal que tenía en su poder documentos sobre el objeto de la prueba. Debido a las circunstancias, la prueba testimonial se rindió sin que el testigo haya podido examinar los documentos. Sin embargo, el tribunal no hizo ninguna indicación a las partes al respecto. El Tribunal Supremo vio en esto, con razón, una infracción al §139 I del Código Procesal Civil, por cuanto se había privado a las partes de la posibilidad de velar por una recepción de prueba más provechosa.

Valoración sorpresiva de medios de prueba

²³⁸ Así en **BayObLGZ** 1975, 310, 317.

²³⁹ **OLG de Fráncfort** en NJW 1976, 2025, 2026.

²⁴⁰ Cfr. supra II 4 c, párrafo 29.

²⁴¹ **BGH LM**, N° 17, sobre el § 286 (A) del ZPO; también en NJW 1961, 363.

Los medios de prueba no pueden ser valorados en forma sorpresiva, esto es, no previsible para las partes. Este principio se deriva en parte del art. 103 I de la Constitución, si bien los §§ 139 I y 278 II 2 del Código Procesal Civil van más allá. Ya del artículo 103 I de la Ley Fundamental se desprende que las partes han de ser informadas sobre la remisión de expedientes solicitada de oficio²⁴². Si el tribunal da por acreditado un daño psíquico en virtud de informes médicos privados, está obligado a hacer la respectiva indicación, debido a lo poco habitual que resulta esta forma de proceder, no obstante que la contraparte haya conocido dichos informes²⁴³.

Defensas y excepciones*

El principio de que el juez no puede incitar a la interposición de nuevas defensas ni tampoco llamar la atención sobre la posibilidad de nuevas excepciones, goza de general aceptación. En lo que sigue intentaremos realizar un análisis diferenciado al respecto.

a) Nuevas defensas

²⁴² OLG de Schleswig-Holstein en SchIHA, 1974, 168; cfr. también II 6 a, especialmente la nota al pie 139.

²⁴³ OLG de Colonia en VersR 1973, 43.

* N. del T.: En el Derecho alemán, un demandado se puede oponer contra la pretensión hecha valer en su contra a través de dos herramientas procesales. Por un lado, la excepción [*Einrede*], que afecta la exigibilidad de un derecho subjetivo, distinguiéndose entre excepciones dilatorias (que establece un obstáculo no permanente a la exigibilidad, por ejemplo, la excepción de contrato no cumplido) y perentorias (en cuyo caso el obstáculo impide la realización del derecho en forma al menos indefinida, y generalmente permanente; por ejemplo, la prescripción); por otro, la defensa (también denominada objeción) [*Einwendungen*], que afectan no la exigibilidad de un derecho, sino su existencia misma. Dentro de las defensas se distingue entre las defensas “impeditivas”, que implican la afirmación relativa a que el derecho que se ha hecho valer en juicio nunca nació (por ejemplo, nulidad de un acto jurídico por incapacidad absoluta) y las “destructivas”, que implican la extinción de un derecho que había nacido (por ejemplo, alegar cumplimiento).

En la medida en que existan alusiones a hechos que podrían fundamentar nuevas defensas, rige en general lo que ya se dijo respecto a la carga de afirmación de las partes: el juez está obligado a hacer la indicación respectiva²⁴⁴. Así lo decidió expresamente el Tribunal Supremo Federal en un antiguo fallo sobre revocación de una donación por grave ingratitud²⁴⁵. Pero si falta la más mínima alusión a un hecho que pueda fundamentar una defensa (por ejemplo, una compensación o un distinto modo de adquirir), entonces el juez no puede ni debe efectuar una indicación; en caso de hacerlo, incurriría en parcialidad. El Tribunal Supremo Federal negó lugar, incluso, a un deber de indicación –probablemente sin razón– en un caso en que la defensa no resultaba de la exposición de las partes, sino de un expediente remitido para consulta; se trataba de un caso de Derecho de patentes, relativo a la prioridad para inscribir, en que se había modificado la inscripción original²⁴⁶.

Muchas defensas presuponen una declaración previa que las configure (§§ 142 y 388 del Código Civil). Puede darse el caso de que, aun constando en la exposición de la parte las condiciones para dicha declaración, falte la declaración misma. Habrá que recordar que este tipo de declaraciones de voluntad pueden realizarse en forma tácita, incluso durante el procedimiento. Pero suponer que el solo hecho de negar el fundamento de una pretensión equivale, por ejemplo, a la impugnación de la misma o a una declaración de compensación, implicaría destruir las reglas de interpretación. El caso opuesto es aquél en que el demandado legitimado para impugnar, controvierte exclusivamente la existencia misma de un contrato; o bien, cuando el demandado legitimado para interponer una objeción de compensación, controvierte la existencia de la pretensión. El juez, de acuerdo con los principios generales expuestos²⁴⁷, se identificaría demasiado con los intereses de una parte si incita a efectuar declaraciones

²⁴⁴ **BGH** en NJW 1968, 1233 (adquisición de mala fe de una letra de cambio).

²⁴⁵ **BGHZ** 3, 206, 210 y sgtes.

²⁴⁶ **BGH** en Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht [Revista sobre propiedad industrial y derechos de autor, en adelante, GRUR por su sigla en alemán], 1974, 715, 716, véase también la nota al pie 220.

²⁴⁷ Véase II 4 b, párrafos 23 y 24.

para configurar una situación jurídica material. Debe tenerse siempre en consideración, que las facultades y deberes del juez resultan inseparables²⁴⁸.

Nuevas excepciones

Los mismos principios son también aplicables a las excepciones. La literatura más reciente enfatiza, con razón²⁴⁹, que las excepciones difícilmente pueden distinguirse de las defensas que se interponen mediante una declaración de configuración: esta última equivale, en el caso de las excepciones, a su invocación. También existe acuerdo en cuanto a estimar que la exposición del demandante en el sentido de que el demandado habría invocado la prescripción, convierte a la demanda en no concluyente si al mismo tiempo en ella se señalan las condiciones de la prescripción. De ahí que las defensas que presuponen declaraciones de configuración y la prescripción reciban aquí el mismo tratamiento.

Si de la exposición de parte se desprende de manera concluyente la invocación de una excepción, ésta puede ser considerada. El juez no puede, sin embargo, incitar a la invocación de ésta²⁵⁰. El hecho de que los límites sean difusos no debería constituir un problema. Si se estimara, en general, que la indicación relativa a excepciones no sólo está permitida, sino que es también necesaria, se estaría desplazando hacia adelante los límites de la actividad judicial, pero no por eso éstos dejarían de ser inexactos.

²⁴⁸ Cfr. II 4 c, párrafos 27 y sgtes., 29.

²⁴⁹ **Jauernig**, "BGB" [Código Civil], 2ª. ed., 1981, § 194, anotación 1 b; **Larenz**, "Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts" [Parte General del Derecho Civil alemán], 5ª. ed., 1980, § 14 II, pgs., 220, 221.

²⁵⁰ De acuerdo con la sentencia del **BGH** en VersR 1962, 663, 664, el tribunal no está obligado a hacer una indicación respecto a una excepción sobre la responsabilidad limitada de los herederos (representación letrada obligatoria); en el mismo sentido la sentencia **BGH** en NJW 1969, 693, sobre el derecho legal de retención.

Mientras que los Tribunales Superiores Estatales de Colonia²⁵¹ y de Bremen²⁵² siguen el mismo tratamiento que se ha dado aquí a la prescripción, los Tribunales Estatales de Braunschweig²⁵³ y de Fráncfort²⁵⁴ estiman, en cambio, que los tribunales pueden hacer indicaciones o llamar la atención sobre la prescripción. Queda abierta la pregunta de si también deben hacerlo, no obstante que ella es sugerida por el tenor literal del §139 I del Código Procesal Civil. La disputa se lleva adelante en forma apasionada. Se postula una nueva figura de juez y se invoca la concepción material de neutralidad elaborada por el Tribunal Constitucional Federal. Sin duda que es posible tener diversas concepciones, pero precisamente por eso no debería forzarse una discusión sobre principios y normas constitucionales o sobre un determinado modelo de juez. Que la comprensión tradicional del juez tiene mucho a su favor, es algo que resulta evidente en mi opinión, atendidas las reflexiones precedentes²⁵⁵.

²⁵¹ **OLG de Colonia** en MDR 1979, 1027.

²⁵² **OLG de Bremen** en NJW 1979, 2215.

²⁵³ **LG de Braunschweig** en NdsRpfl, 1979, 146. Ambiguo recientemente el **LG de Darmstadt** en MDR 1982, 236, con comentario de E. Schneider: prohibición de la indicación, pero en caso de error excusable no es motivo suficiente para solicitar recusación.

²⁵⁴ **LG de Fráncfort** en MDR 1980, 145; ¡confirmado por el **OLG de Fráncfort!**

²⁵⁵ Como, por ejemplo, en **Thomas-Putzo**, op.cit. (nota al pie 108), § 139, observación 2 b; **Jauernig**, op.cit. (nota al pie 221), § 25 VII 7, pg. 73; § 14 II, pg. 38; probablemente también **Baumbach-Lauterbach**, op.cit. (nota al pie 95), § 139, observación 2 B, § 42, observación 2 B (“consejo”). De una opinión distinta es **Bender-Belz-Wax** op.cit. (nota al pie 122) párrafo 0; **E. Schneider** en MDR 1979, 974 y sgtes.; **Seelig**, op.cit. (nota al pie 102), pg. 87 y sgtes., 92 y sgtes.; **Grunsky**, AcP., cit. (nota al pie 102), 131 (1981), 566; sorprendentemente también **Rosenberg-Schwab**, op. cit. (nota al pie 67), § 25 II 2 a; pg. 132; § 78 III 1b, pg. 438, que acepta un “puede”, sin un “debe” (cfr. sobre esto la nota al pie 121). Poco claro es **Wassermann**, op.cit. (nota al pie 18), pg. 175. Demasiado sutil me parece la distinción entre la aclaración relativa a la excepción de prescripción y la exigencia de su interposición; así, sin embargo, entre otros, **E. Schneider**, en DRiZ 1980, 221, 222, en un debate algo acalorado con **Prütting**, NJW 1980, 361, 364/365. En mi opinión, Schneider lleva demasiado lejos su compromiso contra la dogmática alejada de la práctica; sintomático al respecto es que le atribuya el “principio de cooperación” propuesto por Bettermann (Justizblatt [Revista de Justicia, en adelante JBI, por su sigla en alemán], 1972, 63) a un autor más cercano a la práctica como Wassermann, op. cit. (nota al pie 18), pg. 109). El tratamiento procesal de la excepción de prescripción corresponde, según la opinión mayoritaria, a la tradición europea continental; datos muy útiles al respecto en **Seelig**, op.cit. (nota al pie 102), pgs. 63 y sgtes.

Falta de representación letrada

Una concesión se debe hacer, por lo menos, a la comprensión divergente: ante la falta de representación por un abogado, aumentan los deberes de aclaración del juez, abarcando la indicación acerca de la necesidad de efectuar declaraciones tendientes a la configuración de defensas o para hacer valer la prescripción. En la medida en que el Tribunal Estatal de Braunschweig se orienta en ese sentido, es posible estar de acuerdo con él. Por la misma razón, el Tribunal Federal Supremo afirma que corresponde indicar a partes legas la preclusión de defensas (por ejemplo, cumplimiento), junto con la necesidad de interponerlas de inmediato, en las audiencias de procedimientos sobre determinación de honorarios en contra de sus propios abogados²⁵⁶.

Concepción jurídica sorpresiva del tribunal

No obstante que en un comienzo hubo una viva discusión en la literatura con respecto al § 278 III del Código Procesal Civil²⁵⁷, hasta ahora no ha habido muchas decisiones al respecto. El § 278 III del Código Procesal Civil es más amplio que el § 139, por cuanto también exige una indicación judicial en el caso de nuevos puntos de vista del tribunal respecto a cuestiones jurídicas, aun cuando éstas no debieran implicar para las partes la realización de nuevas actuaciones procesales, sino, a lo sumo, nuevas explicaciones sobre cuestiones jurídicas o sobre la valoración de la prueba²⁵⁸. Por otra parte, es más restringido que el § 139 del Código Procesal Civil,

²⁵⁶ **BGH LM**, N°. 44 sobre el § 767 ZPO.

²⁵⁷ Cfr. especialmente **E. Schneider** en MDR 1977, pgs. 881 y sgtes. y 969 y sgtes.; **Franzki**, DRiZ 1977, pgs. 161 y sgtes., 164 y sgtes.; **Bischof** en NJW 1977, pgs. 1897 y sgtes., 1900 y sgtes.; **Helbig**, "Das Verbot von Überraschungsentscheidungen nach § 278 III ZPO" [La prohibición de decisiones sorpresivas de acuerdo al § 278 III del Código Procesal Civil], 1979.

²⁵⁸ En ese sentido, estimo que **Bischof** pasa por alto el ámbito de aplicación del § 278 III del ZPO (en NJW 1977, pgs. 1897, 1901/1902).

puesto que abarca únicamente cuestiones jurídicas. Tiene, por lo tanto, considerado en su totalidad, una función más clarificadora que modificadora, porque gran parte de su contenido se sobreentendía ya en el § 139, con vistas a garantizar una correcta administración de justicia²⁵⁹.

a) Exclusión del deber de indicación

Una cuestión jurídica no necesita ser objeto de una indicación del juez, si ha sido discutida en los escritos y se trata de una cuestión rutinaria (representación en forma debida)²⁶⁰. En general, basta que la cuestión haya sido tratada por escrito por ambas partes para excluir la aplicación del § 278 III del Código Procesal Civil. El que sólo una de las partes se refiera a la cuestión en sus escritos, puede ser, por el contrario, un indicio de que la contraparte considera que dicha cuestión (jurídica) es irrelevante. Sin embargo, la conclusión anterior será, por regla general, inadecuada, cuando dicha cuestión corresponda a un problema jurídico de común conocimiento o se trate de una obviedad. También lo sería cuando, de acuerdo al avance del procedimiento, resulte claro para cualquier observador sensato que el tribunal parte de la base de que una determinada cuestión jurídica es relevante. También en el marco del § 278 III es necesario un tratamiento diferenciado entre las partes que cuentan con representación letrada y las que no cuentan con dicha representación²⁶¹. Pretender que el § 278 III del Código Procesal Civil cubre también las fundamentaciones auxiliares, supone una concepción demasiado amplia de los deberes que contempla; en contra de lo sostenido por una opinión muy difundida en la actualidad²⁶², ello implicaría una sobrecarga del tribunal difícilmente conciliable con el fin de la norma –evitar decisiones sorpresivas–

²⁵⁹ **BGH** en NJW 1980, pgs. 1794, 1795.

²⁶⁰ Ya en este sentido el **OLG de Colonia** en Rpfleger 1972, 377, respecto al § 139 ZPO

²⁶¹ Cfr. II 3, párrafo 14 y sgtes., 17.

²⁶² **E. Schneider** en MDR 1977, 883; **Thomas-Putzo**, op. cit. (nota al pie 108), observación 3 b, bb; **Baumbach-Hartmann**, op. cit., § 278, observación 5 C, c.

²⁶³. Tampoco el demandado rebelde queda a cubierto de que el tribunal justifique su decisión de modo distinto a como lo había hecho el demandante, sin advertencia previa²⁶⁴.

Ya dijimos que, en lo relativo a las indicaciones sobre cuestiones jurídicas, facultad y deber del juez no se superponen, por lo que queda entregado a su discreción decidir si, a pesar de no existir un deber al respecto, llama la atención sobre determinadas cuestiones de Derecho²⁶⁵.

Casos en que existe deber de indicación

Sentencias antiguas y recientes reconocen, acertadamente, la existencia de un deber de indicación para advertir a las partes sobre los posibles efectos de decisiones recientes de los tribunales superiores de justicia que deban ser consideradas en la decisión del caso²⁶⁶, o cuando el tribunal aplica el Derecho en una forma distinta a la que las partes estimaban como previsible²⁶⁷. Si el derecho (material) solicitado por el demandante ha prescrito, pero existe una pretensión adicional no prescrita, que todavía no ha sido introducida al procedimiento, el tribunal debe incitar a la parte para que realice una complementación de los hechos, de forma tal de poder incluir la nueva pretensión en su decisión²⁶⁸. El que un tribunal que está conociendo de un recurso no

²⁶³ Correcto, en mi opinión, **Bischof** en NJW 1977, 1897, 1901, columna izquierda.

²⁶⁴ Acertado al respecto **Franzki** en DRiZ 1977, 164.

²⁶⁵ Cfr. II 4 c, párrafo 29.

²⁶⁶ **OLG de Colonia** en MDR 1980, 764 y sgte. (Efectos de la sentencia del Tribunal Constitucional Federal sobre una resolución judicial que ordena una inspección domiciliaria en un procedimiento sobre remate forzoso).

²⁶⁷ Sobre el § 139 ZPO: **BGH** en VersR 1967, pgs. 1095, 1096; **OLG de Colonia** en MDR 1972, pgs. 521, y 1978, pg. 60. Sobre el § 278 III ZPO: **BGH** en NJW 1980, pg. 1794; **OLG de Múnich** en OLGZ 1979, pg. 355.

²⁶⁸ **BGH** en NJW 1978, pgs. 1377, 1379.

pueda, sin aviso previo, basar su decisión en una interpretación jurídica completamente distinta a la efectuada por el tribunal de primera instancia y por las partes, es algo que la jurisprudencia de los tribunales superiores ya había sostenido con base en el § 139 del Código Procesal Civil, y que ahora queda claramente subsumido en el § 278 III del Código Procesal Civil²⁶⁹. Lo mismo ocurre con diferencias en cuanto a concepciones jurídicas entre un tribunal colegiado y un juez individual²⁷⁰. Las cuestiones jurídicas relevantes para la decisión no provienen únicamente del Derecho material, sino también del Derecho Procesal. En ese sentido, el tribunal debe indicar a una parte su obligación de acompañar documentos al proceso, si resulta evidente que dicha parte estima que no tiene tal obligación²⁷¹. Posibles errores sobre la distribución de la carga de la prueba deben ser también aclarados²⁷².

El deber judicial de indicación del § 278 III no presupone que la parte afectada haya manifestado expresamente su apreciación jurídica sobre el asunto. Sin embargo, toda exposición de hechos se basa en una determinada concepción o calificación jurídica, que es posible deducir. Para afirmar la existencia de un deber judicial de indicación basta que el tribunal tenga la intención de desviarse de dicha concepción o calificación jurídica²⁷³.

Cuestiones jurídicas y cuestiones de hecho

²⁶⁹ **BGH** en NJW 1976, pg. 474 (aplicación de Derecho extranjero).

²⁷⁰ **OLG de Nuremberg** en *Bayerisches Justizministerialblatt* [Revista del Ministerio de Justicia de Baviera, en adelante, BayJMBI, por su sigla en alemán] 1966, 20, 21.

²⁷¹ Correcto al respecto **Franzki** en DRiZ 1977, pg. 164, columna derecha.

²⁷² **Franzki** en DRiZ, 1977, pg. 164, columna izquierda; aquí aparece en forma evidente la sobreposición con el § 139 ZPO (indicación sobre la falta de ofrecimiento de prueba).

²⁷³ En sentido similar y contra Franzki en DRiZ 1977, pg. 164, se expresa ya **E. Schneider** en MDR 1977, pg. 886.

Es difícil trazar la frontera entre cuestiones jurídicas y cuestiones fácticas. A pesar de la discusión doctrinaria al respecto²⁷⁴, la cuestión carece de importancia práctica, porque los cambios sorpresivos sobre cuestiones fácticas ya se entendían incluidos en el ámbito de aplicación del § 139 I del Código Procesal Civil. Así, según una línea jurisprudencial constante del Tribunal Supremo Federal, un tribunal superior no puede modificar la valoración de la prueba efectuada por el tribunal de instancia inferior, sin antes advertir a las partes²⁷⁵. La advertencia es, por cierto, superflua en el caso de que la valoración de la prueba haya sido precisamente el objeto de la crítica de una de las partes. Si el juez llega a una apreciación de los hechos distinta a las de las partes, debe advertir a éstas sobre tal circunstancia, dándoles la posibilidad de complementar sus alegaciones en lo que sea pertinente²⁷⁶. El tribunal no puede aplicar las reglas de la prueba *prima facie** de forma sorpresiva para la parte afectada²⁷⁷.

La “pretensión accesoria” según el § 278 III del Código Procesal Civil

El término *pretensión accesoria* se puede entender en sentido técnico-jurídico²⁷⁸ (§ 4 del Código Procesal Civil) o en un sentido económico, como una porción de escasa significación del objeto controvertido²⁷⁹. Independientemente del origen del término,

²⁷⁴ Especialmente **E. Schneider** en MDR 1977, pg. 883.

²⁷⁵ **BGH** en VersR 1977, pg. 734 (columna derecha); **BGH** en MDR 1980, pg. 575; **BGH** en NJW 1982, pgs. 580, 581.

²⁷⁶ **BGH** en GRUR 1967, pgs. 592, 593.

* N. del T.: La “prueba prima-facie” dice relación con la aplicación, por parte del juez, de las máximas de la experiencia a la valoración de la prueba. De esta forma, el juez puede, a partir de un determinado efecto, asumir la existencia de una determinada causa, que, de acuerdo a la experiencia acumulada, es el antecedente de dicho efecto.

²⁷⁷ **Franzki** en DRiZ 1977, pg. 164.

²⁷⁸ **Franzki** en DRiZ 1977, pg. 164; **Baumbach-Hartmann**, op.cit. (nota al pie 265), § 278, observación 5 C, d.

debe reconocerse que sólo la segunda forma de entenderlo conduce a resultados razonables. Pretensiones relativamente altas en sobre intereses o costas procesales, quedan comprendidas bajo el deber de indicación; por el contrario, partes irrelevantes o insignificantes de la pretensión principal, no.

Tal como plantea M. Wolf²⁸⁰, hay que partir de la base de que el punto de vista de la proporcionalidad económica puede, en general, limitar el deber de indicación judicial. Así, por ejemplo, no existe deber de indicar en relación con la falta de solicitudes de prueba que involucren costos elevados, si se trata de una controversia de muy poco valor para las partes.

Deber de indicación en relación con la pérdida del derecho a reclamar

De acuerdo al § 295 I del Código Procesal Civil, si no se reclama de una infracción de reglas procesales renunciables, ella queda subsanada. La pregunta que surge es si el tribunal debe advertir sobre la infracción de las reglas que rigen el procedimiento y las consecuencias que acarrea la falta de reclamación al respecto. El Tribunal Supremo Federal ha negado categóricamente la existencia de tal deber, fundándose para ello en que, conforme a su interpretación del § 295 I del Código Procesal Civil, el saneamiento no requiere la voluntad de renuncia²⁸¹. Si se aceptara la obligatoriedad de la indicación, el derecho a reclamar no se extinguiría sin voluntad de renuncia²⁸². No hay mucho más que añadir al respecto. Dado que, para que tenga aplicación el § 295, el vicio procesal debe ser conocido, o bien, ser el resultado de negligencia grave, el

²⁷⁹ **E. Schneider** en MDR 1977, 684 y sgte., **Bender** op.cit. (nota al pie 122), párrafo 118; **Thomas-Putzo** op.cit. (nota al pie 108), § 278, observación 3 e.

²⁸⁰ "*Gerichtliches Verfahrensrecht*" [Derecho Procesal de Tribunales], 1978, pg. 176.

²⁸¹ **BGHZ** 25, 66, 70.

²⁸² **BGH LM**, N° 14, sobre el § 295 ZPO.

peligro para la parte no representada por un abogado es muy bajo²⁸³. Excepcionalmente podrá existir un deber de indicación de acuerdo a los §§ 139 I y 278 III del Código Procesal Civil, cuando haya una decisión sorpresiva, por ejemplo, cuando el tribunal, yendo en contra de la opinión mayoritaria pretenda afirmar la renunciabilidad de una regla procesal.

Con el fin de agotar el análisis, cabe agregar que, según el § 39 del Código Procesal Civil, en el caso de la prórroga de competencia, el único tribunal obligado a entregar la información a que se refiere el § 504, es el juzgado^{*}; en todos los demás casos, debe omitirse²⁸⁴. Pero debe hacerse presente que sí debe advertirse sobre la necesidad de presentar una solicitud de remisión a otro tribunal, de acuerdo al § 281 I del Código Procesal Civil²⁸⁵.

Aclaración judicial en la conciliación

En conformidad al § 279 del Código Procesal Civil y los §§ 54 y 57 II de la Ley sobre Tribunales del Trabajo, el juez está obligado a instar por una composición amigable. Aquí se plantea la pregunta: ¿qué acciones puede realizar el juez para aclarar las circunstancias de hecho, en el contexto de la conciliación o amigable composición?

²⁸³ **BGHZ** 25, 66, 72.

^{*} N. del T.: Los “juzgados” [*Amtsgerichte*], corresponde a los tribunales de menor jerarquía en Alemania.

²⁸⁴ En este sentido, recientemente y en forma correcta, **Baumbach-Hartmann**, op.cit. (nota al pie 262), § 39, anotación 1; poco claro, **Stein-Jonas-Leipold**, “ZPO”, 20^a. ed. VII/1977, § 39, párrafo 3. Facultades y deberes del juez se cubren completamente; la extralimitación del derecho de aclaración implica parcialidad del juez, cfr. II 4c, párrafos 27 y sgtes., 29.

²⁸⁵ **Baumbach-Hartmann**, op. cit., § 281, anotación 2 C; en sentido similar, **BGHZ** 45, 237, 243 (indicación sobre la incompetencia del Tribunal de navegación fluvial sobre el Rín); **BAG** en **NJW** 1964, 1435, 1436 (incompetencia de los tribunales laborales).

1. Actividad judicial para lograr un acuerdo en el procedimiento ante los tribunales del trabajo

Comenzaremos nuestras reflexiones con el estudio de la cuestión en el procedimiento ante los tribunales del trabajo, dado que en dicho ámbito el legislador ha regulado esta materia en forma bastante completa (§ 54 I de la Ley sobre Tribunales del Trabajo): “La audiencia oral comienza con un debate ante el Presidente con miras a lograr un acuerdo entre las partes (conciliación). Para dichos efectos, el Presidente debe discutir todos los aspectos de la controversia con las partes, valorando con total libertad cada una de las circunstancias. Para la aclaración de las cuestiones de hecho puede disponer la realización de todas las acciones que puedan ejecutarse de inmediato. Las declaraciones bajo juramento quedan, sin embargo, excluidas.” Del texto transcrito surgen dos preguntas: ¿puede el juez, en el contexto del procedimiento de conciliación, hacer una indicación sobre la posibilidad de presentar nuevas solicitudes, de introducir nuevos hechos al procedimiento, o hacer valer nuevas excepciones o defensas? ¿Qué formas puede adoptar la recepción de la prueba que lleva a cabo el juez para informarse sobre las circunstancias de hecho?

a) Innovaciones del juez en la conciliación

Las opiniones doctrinarias sobre la extensión del deber de aclaración judicial en el procedimiento ante los tribunales del trabajo, son definitivamente poco claras. En general, se hace hincapié en que el juez ha de tomar en consideración cuestiones sociales o económicas, y que la discusión puede ampliarse también a cuestiones distintas al objeto del procedimiento, abarcando todas las relaciones jurídicas entre las partes e incluso las relaciones con terceros. La proposición de acuerdo que haga el juez puede y debe regular todas las relaciones entre las partes en forma justa y

equitativa²⁸⁶. De manera tácita o expresa²⁸⁷, se parte de la base de que el § 54 I de la Ley sobre Tribunales del Trabajo es más amplio que el § 139 I del Código Procesal Civil.

Sin duda es correcto que el juez pueda exhortar a las partes a hacer una completa relación de sus relaciones mutuas, en la medida en que sean relevantes para la controversia. Aquí deben incluirse también las disputas o controversias previas o paralelas, como asimismo, circunstancias o particularidades personales o económicas, que pudieran ser decisivas para la motivación de las partes. La neutralidad judicial, en el sentido de distancia, impone, sin embargo, cautela en cuanto a dos puntos: el juez incurriría en parcialidad si utiliza el debate sobre las condiciones de un posible acuerdo para motivar a las partes a invocar medios de ataque o de defensa completamente nuevos. Lo mismo ocurre si introduce por sí mismo en el debate hechos totalmente nuevos, que ninguna de las partes había mencionado, pero cuya existencia, él supone.

Se analizará, en primer lugar, la incitación a medios de ataque o de defensa completamente nuevos. Generalmente, el desarrollo de la relación laboral dará pie a que el juez, con posterioridad al debate sobre la posibilidad de un acuerdo y en conformidad a su visión preliminar de la misma, quiera consultar si el demandante no desea hacer valer nuevas pretensiones o pedir montos más elevados, o si el demandado no quiere efectuar descuentos, impugnar pretensiones del demandante o alegar prescripción. En ese sentido, la visión que el juez tenga sobre la forma justa de resolver todas las relaciones entre las partes, en muchos casos no se corresponderá con las solicitudes y defensas que las partes efectivamente han presentado. A pesar de ello, el juez iría demasiado lejos, en mi opinión, si pretendiera incluir en la propuesta

²⁸⁶ En este sentido, **Grunsky**, "Arbeitsgerichtsgesetz" [Ley sobre Tribunales del Trabajo, en adelante, ArbGG, por su sigla en alemán], 3ª. ed., 1980, § 54, párrafo 9; **Dersch-Volkmar**, "ArbGG", 6ª. ed., 1955, § 54 párrafo 31; **Dietz-Nikisch**, "ArbGG", 1954, § 54, párrafo 11; **Stein-Jonas-Schumann/Leipold**, "ZPO", 19a. ed., IX/1972, § 495, anotación V 2.

²⁸⁷ **Schaub**, "Das Arbeitsgerichtsverfahren" [El procedimiento ante los tribunales laborales], 2ª. ed., 1977, pg. 126; **Dietz-Nikisch**, op.cit. (nota al pie 289), § 54, párrafo 12.

de acuerdo, nuevas pretensiones o declaraciones configurativas (defensas), con el fin de abrir nuevas vías procesales a las partes, para el caso de no alcanzarse una conciliación. Si, por ejemplo, el empleador demanda al trabajador dimitido una indemnización de perjuicios por no haber respetado el plazo de espera para aceptar un nuevo trabajo [*Karenzklause*], podría el juez, durante la discusión de los hechos con miras a una posible conciliación, llegar a la convicción de que el trabajador tiene todavía compensaciones e indemnizaciones pendientes en virtud de la Ley sobre invenciones de los trabajadores. Llamar la atención de las partes al respecto e introducir abiertamente dicha cuestión en el acuerdo, es algo que el juez, en mi opinión, no puede hacer. Del mismo modo, tampoco puede advertir al empleador o al trabajador que el monto demandado por concepto de indemnización por infracción a la cláusula de espera, debería ser superior, o que el trabajador eventualmente podría impugnar la totalidad del contrato de trabajo, en virtud de un aspecto que fue mencionado en el debate sobre la posible conciliación.

De manera semejante, es causal de recusación por parcialidad el hecho de que el juez pretenda introducir hechos completamente nuevos y probarlos mediante diligencias probatorias con finalidad informativa, cuando tales hechos no habían sido mencionados por ninguna de las partes al exponer el conflicto. Si el empleador demanda al trabajador por infringir la cláusula de espera, sosteniendo que en dicho lapso éste prestó servicios en una empresa de la competencia, no puede el juez mencionar, de propia iniciativa, la posibilidad –muy probable, quizás– de que el demandado podría haber prestado servicios incluso antes en otras empresas de la competencia, por lo que el monto de la indemnización, que había sido impugnado, resulta apropiado. Lo mismo vale, naturalmente, para la respectiva prueba con fines informativos, practicada de oficio.

Los límites de la aclaración judicial en la conciliación coinciden, en lo fundamental, si bien con importantes modificaciones, con los que ya explicamos a propósito del

contradictorio²⁸⁸. Por supuesto que, por lo general, la composición de la controversia sería más efectiva y completa, si el componedor pudiera aclarar los hechos sin ataduras. Pero como el procedimiento alemán concentra en la misma persona la composición y el juzgamiento, no puede ocurrir nada en el proceso de composición que posteriormente pudiera implicar parcialidad del juez²⁸⁹. En ese sentido, existe un conflicto de roles²⁹⁰ entre la composición y el juzgamiento, porque los criterios de la imparcialidad son distintos en cada caso: para el componedor no rige necesariamente el principio (formal) de la distancia, que resulta imprescindible para el juez. También en el procedimiento de conciliación rigen –*cum grano salis*– los principios dispositivo y de aportación, junto con un deber de indicación judicial intensificado. El § 54 de la Ley sobre Tribunales del Trabajo se refiere a la aclaración del conflicto –y no de todas las relaciones jurídicas entre las partes–, tal y como las partes se lo presentan al juez. El juez que lleva su investigación más allá, puede ser recusado por parcial, a más tardar hasta después del fracaso de las negociaciones para llegar a un acuerdo y, en mi opinión, incluso durante el proceso de conciliación.

Esto no significa desconocer que las limitaciones a las facultades de aclaración del juez lo pueden llevar a participar en acuerdos que sean contrarios a su sentido de justicia, sobre todo cuando se acuerda la compensación de todas las pretensiones entre las partes. Como toda formalidad, el principio de la distancia del juez tiene también su costo, que puede afectar la justicia material. Pero la completa ausencia de

²⁸⁸ Cfr. II 4b, párrafos 23 y sgtes., III, párrafos 52 y sgtes.

²⁸⁹ Ya en este sentido, **Stürner** en DRiZ 1976, 202, 205; el mismo en Juristische Rundschau [Revista Panorama jurídico, en adelante, JR por su sigla en alemán], 1979, 133, 136/137; parcialmente otra visión, en **Struck** en JuS 1975, 767.

²⁹⁰ Este conflicto de roles no está dado por lo fundamental, como parece asumir **Eckhoff** (“Die Rolle des Vermittelnden, des Richtenden und des Anordnenden bei der Lösung von Konflikten” [El rol del investigador, del juzgador y de quien dicta las órdenes en la resolución de conflictos], en Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie [Revista de Colonia sobre sociología y psicología social], número especial 11/1967, pgs. 243 y sgtes., 257); crítico al respecto **Stürner** en DRiZ 1976, 205. Los distintos tipos de comportamiento tampoco pueden combinarse sin problemas en una sucesión temporal, como parece suponer **Klaus F. Röhl** en SchIHAnz 1979, 134 y sgtes, 140.

la distancia judicial favorece el apasionamiento y la arbitrariedad, que tampoco contribuyen a una mayor justicia. Las limitaciones de la facultad de aclaración en el procedimiento de conciliación, resultan más fáciles de aceptar si se considera el diferente tratamiento que reciben las partes con y sin representación por un letrado, y se reconoce el derecho y el deber del juez de evitar la ocurrencia de serias y graves injusticias en el caso particular, como consecuencia del principio de la distancia²⁹¹. En todo caso, el juez también puede deslizar con cautela en su propuesta de acuerdo consideraciones que no ha expuesto abiertamente.

La forma de la prueba de oficio con fines informativos en la conciliación

En virtud del § 54 I 3 de la Ley sobre Tribunales del Trabajo, el juez puede, con excepción de las declaraciones bajo juramento, “disponer la realización de todas las acciones que puedan ejecutarse de inmediato”. Mientras que una parte de la doctrina, especialmente la más antigua²⁹², entiende por “acciones” sólo los medios de prueba procesalmente válidos y disponibles, otra parte parece interpretar tal expresión como una autorización para investigar los hechos con absoluta libertad, permitiendo, por ejemplo, investigaciones telefónicas²⁹³. En cuanto al registro de la prueba, parece haber acuerdo en que no es necesario llevar registro del contenido de las diligencias probatorias (argumento que se funda en el § 54 III de la Ley sobre Tribunales del Trabajo, en contra del § 160 Nros. 4 y 5 del Código Procesal Civil)²⁹⁴.

²⁹¹ Como se dijo ya supra, al final del apartado II 4b, párrafo 26.

²⁹² Cfr. **Dersch-Volkmar**, op.cit. (nota al pie 286), § 54, párrafo 28; **Dietz-Nikisch**, op.cit (nota al pie 286), § 54, párrafo 13.

²⁹³ **Stein-Jonas-Schumann/Leipold**, op.cit. (nota al pie 286), § 495, observación V 2; **Grunsky**, op.cit. (nota al pie 286), § 54, párrafo 12.

²⁹⁴ Cfr. **Dietz-Nikisch**, op.cit. (nota al pie 286), § 54, párrafo 19; **Grunsky**, op.cit. (nota al pie 286), § 54, párrafo 18; **Stein-Jonas-Schumann/Leipold**, op.cit. (nota al pie 286), § 495, observación V 2; **Dersch-Volkmar**, op.cit. (nota al pie 286), § 54, párrafo 49.

En mi opinión, la tendencia hacia la prueba libre y la ausencia de formalidades no debe ser celebrada. De la gran importancia de la conciliación se deriva la necesidad de construirlo, en lo posible, sobre hechos efectivos; eso, a menos que en el acuerdo mismo se contemplen las consecuencias derivadas de la falta de claridad sobre los hechos. La falta de formalidad esconde el peligro para el juez, los testigos y las partes, de quitarle importancia y seriedad a la aclaración de los hechos en el procedimiento de conciliación, permitiendo que verdades a medias sean tomadas como base del acuerdo. El carácter informal y la falta de registro de las declaraciones, lleva a los testigos, los peritos y las partes a realizar exposiciones descuidadas o inexactas o plantear teorías globales poco claras, que no solo pueden influir negativamente en el acuerdo que se alcance, sino que también pueden llevar por un camino equivocado pruebas posteriores dentro de un proceso formalizado. De ahí que también en el rápido procedimiento de recepción de prueba, propio del procedimiento de conciliación, se deben respetar todas las formalidades que no estén expresamente prohibidas, de manera que sólo quede excluido el juramento. El § 54 III de la Ley sobre Tribunales del Trabajo complementa el catálogo del § 160 para el caso de que las negociaciones no resulten exitosas, pero sin excluir la aplicación de las reglas generales sobre el registro. Por lo tanto, si se va a rendir prueba con los medios de prueba disponible, es preciso hacerlo de modo correcto y no a medias. La opinión mayoritaria²⁹⁵ estima que la exclusión de la toma de declaraciones a las partes sin juramento, es arbitraria. En primer lugar, existe una gran diferencia con la actuación procesal de oír a una de las partes, porque, aunque ésta se realiza también sin juramento, en la toma de declaración sólo puede deponerse sobre hechos que le constan a la parte y no meras afirmaciones de buena fe, como ocurre, en cambio cuando sólo se escucha a la parte. En segundo lugar, no parece razonable que se permita tomar declaraciones sin juramento previo a los testigos, pero que ello no sea posible en el caso de las partes.

La aclaración judicial en la conciliación del procedimiento civil

²⁹⁵ **Grunsky**, op.cit. (nota al pie 286), § 54, párrafo 12; **Dietz-Nikisch**, op.cit., (nota al pie 286), § 54 párrafo 13.

a) Extensión del deber de aclaración

A diferencia del § 54 I de la Ley sobre Tribunales del Trabajo, el § 279 I del Código Procesal Civil no contempla una norma que autorice o, incluso, obligue al juez a aclarar más allá de los límites que le señala el § 139 I del Código Procesal Civil. Es dable suponer, sin embargo, que, con el fin de alcanzar un acuerdo, el juez está autorizado para incentivar a las partes a realizar exposiciones más detalladas, que permitan aclarar el contexto de la controversia jurídica. La doctrina procesal civil prácticamente no menciona este punto de manera expresa, pero parte de la base de que el acuerdo puede incorporar, y en muchos casos debe incorporar, como una especie de “limpieza general”, cuestiones que hayan sido ajenas al procedimiento²⁹⁶, lo cual presupone las correspondientes actividades del juez. Respecto a la forma, rigen las reglas generales: proceso escrito o debate oral en presencia de ambas partes; las conversaciones telefónicas privadas constituyen causal de recusación por parcialidad²⁹⁷.

Los límites de la aclaración judicial, que ya fueron tratados a propósito de la expresa regulación de la Ley sobre Tribunales del Trabajo, rigen en forma más intensa y con mayor razón para el procedimiento ordinario civil. El juez no puede valerse de una exposición más detallada de las partes para introducir de propia iniciativa cuestiones nuevas al debate, por ejemplo, nuevas pretensiones del demandante, nuevas contraprestaciones o declaraciones necesarias para la configuración de derechos (compensación, impugnación, o la invocación de prescripción). Le queda igualmente prohibido presionar para que se aclaren hechos que le parezcan relacionados o probables, luego de conocer la relación integral entre las partes. Las razones para estas restricciones son las mismas que las que se señalaron para el procedimiento

²⁹⁶ **Jauernig**, Zivilprozeßrecht, cit. (nota al pie 67), § 48 II 4 y VIII, pgs. 156 y 158; **Stein-Jonas-Münzberg**, “ZPO” [Código Procesal Civil], 19ª. ed., VII/1972, § 794, observación II 1 b; **Rosenberg-Schwab**, op. cit. (nota al pie 67), § 132 I 5; **M. Wolf**, ZZP 89 (1976), 260 y sgtes., 270.

²⁹⁷ Cfr. II 4 d, párrafo 32; **Stürner** en JR 1979, pgs. 133, 137.

ante los tribunales del trabajo²⁹⁸. Las infracciones contra el deber de distancia son suficientes para recusar por parcialidad.

La actividad del juez en el marco de la conciliación entraña particularmente el peligro de caer con facilidad en prácticas de “terapia social”, por sobre la finalidad concreta que persiguen las partes. ¿Cómo regula la cuestión el Código Procesal Civil de la República Democrática Alemana? El juez debe investigar las causas del conflicto y propender, por medio del análisis crítico judicial y más allá del caso particular, a la superación de situaciones injustas²⁹⁹. El juez que, con el fin de lograr un acuerdo, investiga por su cuenta, transformándose en un reformador social, no está muy alejado de esta imagen de “bienhechor” judicial cuando limita indebidamente el poder de las partes en el proceso de conciliación, modificando de propia iniciativa el punto de partida de la controversia. Como ya dijimos: en el caso de partes que no cuenten con representación por un abogado, o en el caso de una posible injusticia seria y grave, también en la conciliación puede y debe el juez sobrepasar los límites usuales de su actividad, pero ello en ningún caso podrá estimarse como la regla general.

¿Recepción de prueba con fines informativos?

Para aclarar cuestiones de hecho, en el marco de la fase de conciliación, el § 279 II del Código Procesal Civil permite solamente que se ordene la comparecencia personal de las partes, excluyéndose, en todo caso, la posibilidad de sancionar su inasistencia por medio de multas. De ahí que el legislador mencione como medida aclaratoria especial que va más allá del desarrollo normal del contradictorio, sólo la audiencia de las partes (§ 141 I del Código Procesal Civil), siendo así bastante más escueto en el

²⁹⁸ Cfr. IV 1 a, párrafo 95 y sgtes.

²⁹⁹ Cfr. II 1c, nota al pie 52, párrafo 7.

procedimiento civil que en el laboral, en el que se puede recurrir a todos los medios de prueba disponibles para la aclaración provisoria de las cuestiones de hecho.

Cabe preguntarse si en la conciliación propia del procedimiento civil rige también la recepción de prueba de oficio con fines informativos, de manera análoga a lo establecido por el § 54 de la Ley sobre Tribunales del Trabajo. Tal prueba ya es y ha sido practicada en forma parcial, sin que hasta ahora eso haya despertado el interés de la doctrina procesal³⁰⁰. La práctica judicial veía las ventajas de esta forma de aclaración de las cuestiones fácticas en su rapidez, como consecuencia de su informalidad y al hecho de estar referida únicamente a medios de prueba presentes en la audiencia. Pero si, aceptando la interpretación que hemos efectuado aquí, se restringe en gran medida la informalidad de la recepción de prueba realizada de acuerdo al § 54 I de la Ley sobre Tribunales del Trabajo³⁰¹, entonces sólo queda como ventaja la rapidez que representa la utilización de los medios prueba presentes, sin una etapa de prueba completa. En mi opinión, dada la falta de regulación legal expresa para el proceso civil, el juez no puede recabar semejante información si las partes se oponen. Distinto es el caso en que las partes hayan manifestado libremente su consentimiento, pero aun en ese caso, no pueden renunciar en forma anticipada a su derecho a intervenir y formular preguntas al juez sobre la utilización de los medios de prueba, así como a manifestar lo que consideren oportuno en relación con la práctica de la prueba³⁰².

³⁰⁰ Véase, sin embargo, **Stürner** en DRiZ 1976, 202, 204; también en JR 1979, 133, 137.

³⁰¹ Cfr. IV 1 b, párrafo 101.

³⁰² Cfr. especialmente el § 285 I ZPO y el art. 103 I de la Ley Fundamental alemana; también **Stürner**, JR 1979, 133, 137. La recepción de prueba de oficio con fines de información no significa, según la opinión mayoritaria, que los abogados puedan ahorrarse los derechos que se cobran por la rendición de pruebas (**Gerold-Schmidt**, "Bundesrechtsanwaltgebührenordnung", [Ordenanza federal de tasas para abogados, en adelante, BRAGO, por su sigla en alemán], 7ª. ed., 1981, § 31, párrafo 85 a, 87, 101 con referencias bibliográficas). En la práctica se intenta evadirla injustificadamente (omitiendo protocolizar, omitiendo determinar los costos, etc.).

Por lo demás, si ha habido una conducción procesal objetiva, no hay necesidad de recepción de prueba de oficio con fines informativos. Si el juez hace correcto uso de las facultades que le confiere el § 273 del Código Procesal Civil, todos los medios de prueba estarán disponibles en la audiencia principal (§ 278 del Código Procesal Civil). Dado que es obligatorio intentar llegar a un arreglo en todas las etapas del procedimiento, existen dos momentos particularmente propicios para el debate sobre un posible acuerdo: en primer lugar, con posterioridad a la discusión de los hechos y el objeto de la controversia, inmediatamente antes de fase de prueba (§ 278 I 1 del Código Procesal Civil), debiendo tomarse en consideración en el acuerdo la falta de prueba de los hechos; en segundo lugar, después de la toma de la prueba (§ 278 II 2 del Código Procesal Civil), lo que permite una propuesta de acuerdo completamente fundamentada desde el punto de vista fáctico³⁰³. La necesidad práctica de recibir prueba con fines informativos, con todas las dudas que plantea, pierde importancia al proceder de esta forma. Esto rige igualmente para el procedimiento ante los tribunales del trabajo.

La consideración de la falta de aclaración en la casación y apelación

1. Casación

Para que la infracción de los §§ 139 y 278 III del Código Procesal Civil pueda ser comprobada por la vía del recurso de casación, es preciso reclamar de ella expresamente en el escrito de casación (§§ 559 II 2, 554 III Nr. 3 b del Código Procesal Civil). Según los §§ 549 I y 563 del Código Procesal Civil, el escrito de casación debe expresar que no puede excluirse la posibilidad de una decisión en sentido distinto, de haberse actuado conforme a los §§ 139 y 278 III del Código Procesal Civil. Esto significa que quien recurre de casación debe señalar qué medidas habría tomado si

³⁰³ Así también **Bender**, op.cit. (nota al pie 122), párrafo 125, pgs. 80/81.

hubiera recibido una indicación oportuna, y en qué forma ellas habrían influido en la decisión que finalmente se adoptó³⁰⁴. Tales medidas pueden ser: presentación o modificación de solicitudes, exposición de hechos o solicitud de pruebas. El solo señalamiento de una decisión jurídica sorpresiva del tribunal sólo es admisible cuando se trate de cuestiones jurídicas que no puedan ser objeto de casación³⁰⁵, porque en los demás casos, el propio tribunal que conoce de la casación examina si el Derecho se ha aplicado correctamente, debiendo anular (casar) la resolución recurrida en caso de una aplicación errónea (§ 559 II 1 Código Procesal Civil).

Apelación

Por regla general, en la apelación las partes podrán realizar de inmediato las actuaciones respecto a las cuales el tribunal debió haber hecho una indicación, de acuerdo a los §§ 139 y 278 del Código Procesal Civil³⁰⁶, para lograr así una decisión correctamente fundada, si el tribunal que conoce de la apelación efectúa por sí mismo las actuaciones que sean necesarias. De acuerdo con el § 539 del Código Procesal Civil, el tribunal de apelación puede también devolver la causa al tribunal que conoció del asunto en la instancia anterior, en el caso de infracciones muy graves a los §§ 139 y 278 del Código Procesal Civil³⁰⁷. En interés de las partes, ello sólo debería ocurrir cuando haya quedado un conjunto de hechos sin aclarar, o cuando, por alguna otra razón, el procedimiento haya tenido un desarrollo completamente equivocado, de manera que se pierda todo lo obrado en una instancia completa. En los demás casos, la devolución del asunto puede resultar aconsejable por razones pedagógicas, por

³⁰⁴ Esta postura corresponde a la jurisprudencia constante; entre las sentencias recientes cabe citar **BAG** en DB 1979, 1944, columna derecha.

³⁰⁵ Por ejemplo, **BGH** en NJW 1976, 474.

³⁰⁶ Sobre esto, véase II 5 a, párrafo 34.

³⁰⁷ **OLG de Coblenza** en NJW 1966, 667; **OLG de Múnich** en OLGZ 1973, 362; **KG** en OLGZ 1977, 479; **OLG de Colonia** en MDR 1980, 320; véase por todos, **Thomas-Putzo**, op.cit. (nota al pie 116), § 539, observación 2 c.

ejemplo, cuando se trata de errores que se repiten constantemente, pero no debería convertirse en la regla general.

Bibliografía

A. Manuales, Comentarios y Monografías

Arens, Peter, “Zivilprozeßrecht” [Derecho Procesal Civil], 1978

Bathe, Heinrich, “Verhandlungsmaxime und Verfahrensbeschleunigung bei der Vorbereitung der mündlichen Verhandlung” [Principio de aportación de partes y aceleración del procedimiento en la preparación de la audiencia oral], 1977

Baumann, Jürgen, “Grundbegriffe und Verfahrensprinzipien des Zivilprozeßrechts” [Conceptos fundamentales y principios del procedimiento del Derecho Procesal Civil], 2ª. ed., 1979

Baumbach, Adolf – Lauterbach, Wolfgang – Albers, Jan – Hartmann, Peter, “Zivilprozeßordnung” [Código Procesal Civil], 39a. ed., 1981

Baumgärtel, Gottfried, “Gleicher Zugang zum Recht für alle. Ein Grundproblem des Rechtsschutzes” [Acceso igualitario al Derecho para todos. Un problema fundamental de la protección jurídica], 1976

Baur, Fritz – Wolf, Manfred, “Grundbegriffe des Rechts der freiwilligen Gerichtsbarkeit” [Conceptos fundamentales del Derecho de los asuntos no contenciosos], 2ª. ed. 1980

Baur, Fritz, “Wege zu einer Konzentration der mündlichen Verhandlung im Prozess” [Vías para una concentración de la tramitación oral en el proceso], 1966

- Zivilprozeßrecht [Derecho Procesal Civil], 3ª ed., 1979

Bender, Rolf – Belz, August – Wax, Peter, “Das Verfahren nach der Vereinfachungsnovelle und vor dem Familiengericht” [El procedimiento después de la reforma “simplificadora” ante los tribunales de familia], 1977

Bötticher, Eduard, “Gleichbehandlung und Waffengleichheit” [Igualdad de trato e igualdad de armas], 1979

Bomsdorf, Falk, “Prozeßmaximen und Rechtswirklichkeit. Verhandlungs- und Untersuchungsmaxime im deutschen Zivilprozeß” [Máximas procesales y realidad jurídica. Principio de aportación de partes y principio inquisitivo en el Derecho Procesal alemán], 1971

Brüggemann, Dieter, “Judex statutor und judex investigator”, 1968

Bumiller, Ursula – Winkler, Karl, “Freiwillige Gerichtsbarkeit” [Jurisdicción no contenciosa], 3ª ed., 1980

Carpzov, Benedikt, “Jurisprudentia forensis Romano-Saxonica”, 4a ed., 1663

Conrad, Hermann, “Deutsche Rechtsgeschichte” [Historia del Derecho alemán], Tomo II, 1966

Damrau, Jürgen, “Die Entwicklung einzelner Prozeßmaximen seit der Reichszivilprozeßordnung von 1877” [El desarrollo de principios procesales particulares a partir del Código de Procedimiento Civil del Imperio de 1877], 1975

Dersch, Hermann – Volkmar, Erich, “Arbeitsgerichtsgesetz” [Ley sobre Tribunales del Trabajo], 6ª ed., 1955

Dietz, Rolf – Nikisch, Arthur, “Arbeitsgerichtsgesetz” [Ley sobre Tribunales del Trabajo], 1954

Eyermann, Erich – Fröhler, Ludwig, “Verwaltungsgerichtsordnung” [Ordenanza sobre tribunales administrativos], 8ª. ed., 1980

Fasching, Hans, “Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen” [Comentario sobre las leyes procesales civiles], Tomo II, 1962

Grunsky, Wolfgang, “Arbeitsgerichtsgesetz” [Ley sobre Tribunales del Trabajo], 3ª ed., 1980

- “Grundlagen des Verfahrensrechts” [Fundamentos de Derecho Procesal], 2ª ed., 1974

Guldener, Max, “Schweizerisches Zivilprozeßrecht” [Derecho Procesal Civil suizo], 3ª ed., 1979

Habscheid, Walther, “Freiwillige Gerichtsbarkeit”, [Jurisdicción no contenciosa], 6ª ed., 1977

Helbig, Fritz, “Das Verbot von Überraschungsentscheidungen nach § 278 Abs. 3 ZPO”, [La prohibición de decisiones imprevisibles de acuerdo al § 278, numeral 3, del Código Procesal Civil], Tesis Doctoral, Friburgo, 1979

Henckel, Wolfram, “Prozeßrecht und materielles Recht” [Derecho procesal y Derecho material], 1970

Hippel, Fritz von, “Wahrheits- und Aufklärungspflicht der Parteien im Zivilprozeß” [Deber de veracidad y de aclaración de las partes en el proceso civil], 1939

Jauernig, Othmar – Schlechtriem, Peter – Stürner, Rolf – Teichmann, Arndt – Vollkommer, Max, “Bürgerliches Gesetzbuch” [Código Civil], 2ª ed., 1981

Jauernig, Othmar, “Zivilprozeßrecht” [Derecho Procesal Civil], 19ª ed., 1981

Kaser, Max, “Das römische Zivilprozeßrecht. Handbuch der Altertumswissenschaft” [El proceso civil romano. Manual de la antigüedad clásica] X Parte, Sección 3, Tomo 4., 1966

Keidel, Theodor – Kuntze, Joachim – Winkler, Karl, “Freiwillige Gerichtsbarkeit” [Jurisdicción no contenciosa], parte A, 11ª ed., 1978

Klein, Franz, “Pro futuro. Betrachtungen über Probleme der Civilprozeßrechtsreform in Österreich” [Pro futuro. Consideraciones sobre problemas de la reforma del Derecho Procesal Civil en Austria], 1891

Kollhoser, Helmut, “Zur Stellung und zum Begriff der Verfahrensbeteiligten im Erkenntnisverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit” [Sobre la posición y el concepto de los interesados en el procedimiento no contencioso], 1970

Kopp, Ferdinand, “Verwaltungsverfahrensgesetz“ [Ley sobre procedimiento administrativo], 2ª. ed., 1980

Kummer, Max, “Grundriß des Zivilprozeßrechts” [Compendio de Derecho Procesal Civil], 3ª. ed., 1978

Larenz, Karl, “Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts” [Parte General del Derecho Civil alemán], 5ª. ed., 1980

Lent, Friedrich, “Wahrheits – und Aufklärungspflicht im Zivilprozeß” [Deber de verdad y de aclaración en el proceso civil], 1942

Menger, Anton, “Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen” [El Derecho Civil y las clases desposeídas], 2ª ed., 1890

Mitteis, Heinrich – Lieberich, Heinz, “Deutsche Rechtsgeschichte” [Historia del Derecho alemán], 16ª. ed., 1981

Musielak, Hans-Joachim, “Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozeß” [Los fundamentos de la carga probatoria en el proceso civil], 1975

Nörr, Knut Wolfgang, “Zur Stellung des Richters im gelehrten Prozeß der Frühzeit: Iudex secundum allegata non secundum conscientiam iudicat” [Sobre la posición del juez en el procedimiento docto de la época temprana: iudex secundum allegata non secundum conscientiam iudicat], 1967

Planitz, Hans – Eckhardt, Karl, “Deutsche Rechtsgeschichte” [Historia del Derecho alemán], 4ª. ed., 1981

Riedel, Joachim, “Das Postulat der Unparteilichkeit des Richters” [El postulado de la imparcialidad del juez], 1980

Rimmelspacher, Bruno, “Zur Prüfung von Amts wegen im Zivilprozeß” [Sobre la comprobación de oficio en el proceso civil], 1966

Rosenberg, Leo – Schwab, Karl, “Zivilprozeßrecht” [Derecho Procesal Civil], 13ª. ed., 1981

Sägmüller, Johann, “Lehrbuch des Katholischen Kirchenrechts” [Tratado de Derecho eclesiástico católico], Tomo II, 1914

Schaub, Guenther, “Das Arbeitsgerichtsverfahren” [El procedimiento ante los tribunales laborales], 2ª. ed., 1977

Seelig, Horst, “Die prozessuale Behandlung materiellrechtlicher Einreden –heute und einst-“ [El tratamiento procesal de la excepción – hoy y antes], 1980

Simon, Dieter, “Untersuchungen zum Justinianischen Zivilprozeß” [Investigaciones sobre el proceso justiniano], 1969

Spohr, Tilmann, “Die richterliche Aufklärungspflicht (§ 139 ZPO) im Zivilprozeß” [El deber de aclaración judicial (§ 139 del Código Procesal Civil) en el proceso civil], tesis doctoral, Gotinga, 1969

Stein-Jonas-Pohle, “Kommentar zur Zivilprozeßordnung” [Comentario al Código Procesal Civil], 19ª. ed., versión de 1972, continuado por Grunsky, Leipold, Münzberg, Schlosser, Schumman, 20a ed., 1977

Stürner, Rolf, “Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses” [El deber de aclaración de las partes en el proceso civil], 1976

Thomas, Heinz – Putzo, Hans, “Zivilprozeßordnung” [Código Procesal Civil] 11ª ed., 1981

Tipke, Klaus – Kruse, Heinrich, “Abgabenordnung/Finanzgerichtsordnung” [Ordenanzas sobre tributos y sobre tribunales financieros], 10ª. ed., estado a junio de 1981

Trusen, Winfried, “Anfänge des gelehrten Rechts in Deutschland” [Comienzos del Derecho docto en Alemania], 1962

Wassermann, Rudolf, “Der soziale Zivilprozeß” [El proceso civil social], 1978

Wenger, Leopold, “Institutionen des römischen Zivilprozeßrechts” [Instituciones del Derecho Procesal Civil romano], 1925

Wolf, Manfred, “Gerichtliches Verfahrensrechts“ [Derecho procesal de tribunales], 1978

Zeiss, Walter, “Zivilprozeßrecht” [Derecho Procesal Civil], 4ª. ed., 1980

Zettel, Günther, “Der Beibringungsgrundsatz” [El principio de aportación], 1977

B. Artículos

Arndt, Adolf, “Das rechtliche Gehör” [El derecho a ser oído], NJW 1959, pg. 6

Baur, Fritz, “Die Aktivität des Richters im Prozeß” [La actividad del juez en el proceso], en Deutsche zivil- und kollisionsrechtliche Beiträge zum IX Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung [Aportes alemanes sobre cuestiones jurídicas civiles y de normas de conflicto con ocasión del XI Congreso Internacional de Derecho comparado], Teherán, 1974

- “Die Vorbereitung der mündlichen Verhandlung im Zivilprozeß” [La preparación de la audiencia oral en el proceso civil], ZZP, N° 66 (1953), pg. 209
- “Richterliche Hinweispflicht und Untersuchungsgrundsatz” [Deber de indicación del juez y principio inquisitivo], en: Rechtsschutz im Sozialrecht [Protección jurídica en el Derecho social], 1965, pg. 35

Benda, Ernst, “Richter im Rechtsstaat” [Jueces en el Estado de Derecho], DRiZ, 1979, pg. 357

Bernhardt, Wolfgang, “Die Aufklärung des Sachverhalts im Zivilprozeß” [La aclaración de los hechos en el proceso civil], Festgabe zum siebzigsten Geburtstag von Leo Rosenberg [Libro en homenaje al septuagésimo cumpleaños de Leo Rosenberg], 1949, pg. 9

Bettermann, Karl August, “Die Beweislast im Verwaltungsprozeß” [La carga de la prueba en el proceso administrativo], en Verhandlung des 46. Deutschen Juristentages [Discusiones de las 46. Jornadas de la Asociación de juristas alemanes], tomo II, 1967, pg. 26

- “Hundert Jahre Zivilprozeßordnung – Das Schicksal einer liberalen Kodifikation” [Cien años del Código Procesal Civil – El destino de una codificación liberal], en ZZP, N° 91 (1978), pg. 365
- “Verfassungsrechtliche Grundlagen und Grundsätze des Prozesses” [Bases y principios constitucionales del proceso] JBI 1972, pg. 57

Bischof, Hans, “Streitfragen der Vereinfachungs novelle” [Principales cuestiones de la reforma simplificadora] NJW 1977, pg. 1897

Brunner, Georg, “Das neue Zivilprozeßrecht der DDR” [El nuevo Derecho Procesal Civil de la República Democrática Alemana], NJW 1977, pg. 177

Chartier, Yves, “Die neuere Entwicklung des Zivilprozeßrechts in Frankreich” [La nueva evolución del Derecho Procesal Civil en Francia], ZZP 91 (1978), pg. 286

Denti, Vittorio, “Le rôle actif du juge” [El rol activo del juez], en Rapports nationaux italiens au IXe Congrès International de Droit Comparé, Teheran 1974, Milano 1974, pg. 291

Deubner, Karl, “Gedanken zur richterlichen Aufklärungs- und Hinweispflicht” [Reflexiones acerca de los deberes judiciales de aclaración e indicación], Festschrift für Schiedermaier [Libro en homenaje a Schiedermaier], 1976, pg. 79

Eckhoff, Torstein, “Die Rolle des Vermittelnden, des Richtenden und des Anordnenden bei der Lösung von Konflikten” [El rol del investigador, del juzgador y de

quien dicta las órdenes en la resolución de conflictos], en Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie [Revista de Colonia sobre sociología y psicología social], número especial 11/1967, pg. 243

Fechner, Erich, “Kostenrisiko und Rechtswegsperre – Steht der Rechtsweg offen?” [El riesgo de las costas y barreras para el acceso a la Justicia – ¿está abierta la vía judicial?], JZ, 1969, pgs. 349

Franzki, Harald, “Das Gesetz zur Vereinfachung und Beschleunigung gerichtlicher Verfahren (Vereinfachungsnovelle)” [La ley para simplificar y acelerar los procedimientos ante los tribunales (reforma simplificadora)], en DRiZ, cit., 1977, pg. 161

Giessler, Hans, “Richterablehnung wegen außerprozessualer Erörterung der Ehesache mit einem Eheberater” [Rechazo por parte del juez, a causa de discusión de la controversia matrimonial con un asesor marital], NJW 1973, pg. 981

Habscheid, Walther, “Die Grundzüge des schweizerischen Zivilprozeßrechts” [Principios fundamentales del Derecho Procesal Civil suizo], ZZP 94 (1981), pg. 236

- “Richtermacht oder Parteifreiheit” [Poder del juez o libertad de las partes], en ZZP 81 (1968), pg. 175

Henckel, Wolfram, “Sanktionen bei Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör” [Sanciones por la infracción al derecho a ser oído], ZZP 77 (1964), pg. 321

Hesse, Konrad, “Bestand und Bedeutung der Grundrechte in der Bundesrepublik Deutschland” [Existencia y significado de los derechos fundamentales en la República Federal Alemana], en Europäische Grundrechte-Zeitschrift [Revista europea sobre derechos humanos], 1978, pg. 427

Jolowicz, J. A., en Cappelletti y Tallon, “Fundamental guarantees of the parties in civil litigation” [Garantías fundamentales de las partes en la litigación civil], 1973, pg. 121

Krings, J. E., “Die Grundzüge des belgischen Zivilgerichtsverfahrens” [Fundamentos del procedimiento ante los tribunales civiles belgas] ZZP 90 (1977), pg. 245

Kuchinke, Kurt, “Freiheit und Bindung des Zivilrichters in der Sachaufklärung” [Libertad y vinculación del juez en la aclaración de la cuestión], en Esser, Josef, Freiheit und Bindung des Zivilrichters in der Sachaufklärung, Arbeiten zur Rechtsvergleichung [Trabajos de Derecho comparado] (editado por E. v. Caemmerer), 1966, pg. 15

- “Die vorbereitende richterliche Sachaufklärung (Hinweispflicht) im Zivil- und Verwaltungsprozeß” [La aclaración preparatoria (deber de indicación) en el proceso civil y administrativo], en JuS, 1967, pg. 295

Langer, Adalbert, “Rechtsuchender und Richter in Österreich” [El que busca justicia y el juez en Austria], JZ 1977, pg. 376

Lent, Friedrich, “Die Verteilung der Verantwortlichkeiten unter Gericht und Parteien im Zivilprozeß” [El reparto de responsabilidades entre tribunal y partes en el Proceso civil], ZZP 63 (1943), pg. 3

Menne, Heinz, “Sprachbarrieren und Rationalisierung im Zivilprozeß” [Barreras lingüísticas y racionalización en el proceso civil], en ZZP N° 88 (1975), pg. 263

Nagel, Heinrich, “Funktion und Zuständigkeit des Richters” [Función y competencia del juez], en Pilles, Meter (Editor), Humane Justiz [Justicia humana], 1977, pg. 53

Névai, László, “Probleme der Effektivität des Zivilprozesses in Ungarn” [Problemas relativos a la efectividad del proceso civil en Hungría], ZZP 94 (1981), pg. 165

Ostermeyer, Helmut, “Schwierigkeiten beim Zugang zur Rechtspflege am Beispiel der Verständigung zwischen Bürger und Gericht” [Dificultades en el acceso a la Administración de Justicia a la luz de la comunicación entre los ciudadanos y el tribunal], en Loccumer Protokolle 6/1974, pg. 117

Pfeiffer, Gerd, “Knappe Ressource Recht” [Justicia como un bien escaso] ZRP 1981, pg. 121

Prütting, Hanns, “Die Grundlagen des Zivilprozesses im Wandel der Gesetzgebung” [Los fundamentos del Proceso Civil por sobre los cambios de legislación], NJW 1980, pg. 361

Röhl, Klaus, “Beraten, Vermitteln, Schlichten und Richten” [Aconsejar, investigar, componer y juzgar], SchlHA I 1979, pg. 134

Schmidt, Eike, “Von der Privat- zur Sozialautonomie” [De la autonomía privada a la autonomía social], en JZ 1980, pg. 153

Schneider, Egon, “Befangenheit des auf Verjährungsablauf hinweisenden Richters?” [¿Parcialidad de un juez que llama la atención sobre el transcurso del plazo de prescripción?], MDR 1979, pg. 974

- “Beiträge zum neuen Zivilprozeßrecht” [Aportes al nuevo Derecho Procesal Civil], MDR, 1977, pgs. 793; 881; 969
- “Die Belehrungspflicht in der Teilversteigerung” [El deber de información en el procedimiento de partición forzosa de un inmueble], en MDR, 1977, pg. 353
- “Die richterliche Aufklärungspflicht (§ 139 ZPO)” [El deber de aclaración judicial (§139 del Código Procesal Civil)], MDR 1968, pg. 721
- “Richterliche Aufklärungspflicht bei anwaltlicher Vertretung” [El deber de aclaración del juez en el caso de la representación letrada], JurBüro 1977, pg. 1500
- “Wissenschaft und Praxis des Zivilprozeßrechts nach der Vereinfachungsnovelle” [Ciencia y práctica del Derecho Procesal Civil con posterioridad a la reforma simplificadora], DRiZ 1980, pg. 220

Siegert, Karl, “Die §§ 139, 286 und 287 ZPO in der neuesten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs” [Los §§ 139, 286 y 287 en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo Federal], en NJW 1958, pg. 1025

Sprung, Rainer, “Die Ausgangspositionen österreichischer Zivilprozessualistik und ihr Einfluß auf das deutsche Recht” [Los orígenes de la dogmática procesal civil austriaca y su influencia sobre el Derecho alemán], ZZP 92 (1979), pg. 4

Struck, Gerhard, “Der Abschluß des Prozeßvergleichs als Ausbildungsproblem” [La conclusión de un acuerdo en el proceso como un problema de formación], JuS 1975, pg. 762

Stürner, Rolf, “Die Aufgabe des Richters, Schiedsrichters und Rechtsanwalts bei der gütlichen Streiterledigung” [La tarea del juez, del árbitro y del abogado en la terminación del proceso por amigable composición], JR 1979, pg. 133

- “Die Einwirkungen der Verfassung auf das Zivilrecht und den Zivilprozeß” [Las influencias de la Constitución sobre el Derecho Civil y el Derecho Procesal Civil], en NJW 1979, pg. 2334
- “Grundfragen richterlicher Streitschlichtung” [Cuestiones fundamentales de la amigable composición por parte del juez], DRiZ 1976, pg. 202
- “Verfahrensgrundsätze des Zivilprozesses und Verfassung” [Principios procesales del proceso civil y Constitución], Festschrift für F. Baur [Libro en homenaje a F. Baur], 1981, pg. 647

Trocker, Nicolò, Gegenwartsprobleme der italienischen Zivilrechtspflege [Problemas actuales de la Administración de justicia en Italia], ZZP 91 (1978), pg. 237

C. Comentarios

Bettermann, Karl August, “Besprechung von Falk Bomsdorf, Prozeßmaximen und Rechtswirklichkeit: Verhandlungs- und Untersuchungsmaxime im deutschen Zivilprozeß” [Comentario a Falk Bomsdorf, Máximas procesales y realidad jurídica: principio de aportación de partes e inquisitivo en el Derecho alemán], 1971, ZZP 88 (1975), pg. 347

Deubner, Karl, “Anmerkung zu OLG Oldenburg, Urt. v. 12.1.1979” [Comentario a OLG Oldenburg, sentencia de 12.1.1979], NJW 1980, pgs. 295, 296

Rasehorn, Theo, “Anmerkung zu OLG Frankfurt, Beschl. v. 21.9.1972” [Comentario a OLG Frankfurt, resolución de 21.9.1972] NJW 1972, pg. 2310; 1973, pg. 288

Vollkommer, Max, “Anmerkung zu BVerfG, Beschl. v. 24.3.1976” [Comentario a Tribunal Constitucional Federal, resolución de 24.3.1976], Rpfleger 1976, pgs. 389, 393

IV. Bibliografía utilizada por el Traductor

CREIFELDS. Rechtswörterbuch [Diccionario jurídico]. 12a. ed., Munich, C.H. Beck, 1994, 1491 p.

DAUM, Ulrich, HAENSCH, Günther, MORAL GARCÍA, Manuel. Terminología jurídica español y alemán – Rechtssprache spanisch und deutsch. Munich, Max Huber, 1970, 351 p.

ORTÍZ PRADILLO, Juan Carlos y PÉREZ RAGONE, Álvaro. Código Procesal Civil alemán. Traducción con un estudio introductorio al proceso civil alemán contemporáneo [PDF]. Montevideo, Fundación Honrad Adenauer, Gisela Elsner <http://www.kas.de/proj/home/pub/13/4/year-2006/dokument_id-9523/index.html>, [consulta: 10 de junio de 2010]

SLABY, Rudolf y Grossmann, Rudolf. WÖRTERBUCH DER SPANISCHEN UND DEUTSCHEN SPRACHE [Diccionario de las lenguas castellana y alemana]. 3ª Ed., Wiesbaden, Brandstetter Verlag, 1975, II Tomos.

STÜRNER, Rolf. Die richterliche Aufklärung im Zivilprozeß [La aclaración judicial en el proceso civil]. Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1982, 103 p.

ZIVILPROZESSORDNUNG [Código Procesal Civil alemán] [PDF]. <<http://www.gesetze-im-internet.de/zpo/>>, [consulta: 10 de junio de 2010]

V. Anexo

En la siguiente tabla, se incluyen los párrafos del Código Procesal Civil más citados en la obra traducida. Para mayor claridad, y en atención a que en muchos casos las redacciones han sido modificadas, se ha incorporado también los textos de los párrafos a la época de publicación del libro. Para los textos de los párrafos en su versión actual, se ha tomado como base la traducción del Código Procesal Civil alemán, realizada por los Profesores Juan Carlos Ortíz Pradillo y Álvaro Pérez Ragone. Dicha traducción también ha sido utilizada, cuando era posible, como base para la traducción de la versión antigua de los párrafos.

	Versión a 1983 (publicación del libro)	Versión actual
§103	<p>(1) La pretensión para el pago de las costas procesales puede ser hecha valer solamente en virtud de un título ejecutivo.</p> <p>(2) La petición para la liquidación del monto a ser pagado debe ser interpuesta ante el tribunal de primera instancia. Se deben acompañar a la determinación de las costas una copia para la notificación a la contraparte y los comprobantes de justificación de cada estimación</p>	<p>Liquidación de costas; petición para la determinación de las costas.</p> <p>(1) La pretensión para el pago de las costas procesales puede ser hecha valer solamente en virtud de un título ejecutivo.</p> <p>(2) La petición para la liquidación del monto a ser pagado debe ser interpuesta ante el tribunal de primera instancia. Se deben acompañar a la determinación de las costas una copia para la notificación a la contraparte y los comprobantes de justificación de cada estimación</p>
§138	<p>(1) Las partes deben hacer sus declaraciones sobre cuestiones de hecho en forma completa y adecuada</p>	<p>Deber de declaración sobre hechos; deber de decir la verdad.</p> <p>(1) Las partes deben hacer sus</p>

	<p>a la verdad.</p> <p>(2) Cada parte debe declarar sobre las alegaciones de hecho de su contraparte.</p> <p>(3) Los hechos que no sean discutidos en forma expresa deben considerarse como admitidos, cuando no pueda inferirse la intención de discutirlos de las declaraciones que efectúen las partes.</p> <p>(4) Una declaración fundada en el desconocimiento es solamente admisible en tanto verse sobre hechos que no dependan de los actos propios de la parte ni de un objeto que se encuentre bajo su control.</p>	<p>declaraciones sobre cuestiones de hecho en forma completa y adecuada a la verdad.</p> <p>(2) Cada parte debe declarar sobre las alegaciones de hecho de su contraparte.</p> <p>(3) Los hechos que no sean discutidos en forma expresa deben considerarse como admitidos, cuando no pueda inferirse la intención de discutirlos de las declaraciones que efectúen las partes.</p> <p>(4) Una declaración fundada en el desconocimiento es solamente admisible en tanto verse sobre hechos que no dependan de los actos propios de la parte ni de un objeto que se encuentre bajo su control.</p>
§139	<p>(1) El Presidente debe lograr que las partes declaren en forma completa sobre los hechos relevantes y que interpongan las peticiones que se adecuen a la causa, así como, especialmente, que complementen antecedentes relativos a hechos invocados señalen medios de prueba. Para dicha finalidad, y en cuanto sea necesario, debe discutir con las partes las circunstancias de hecho y de</p>	<p>Impulso procesal material.</p> <p>(1) El tribunal tiene que esclarecer la relación de hecho y la litis y, en tanto ello sea necesario, con las partes en las cuestiones de hecho y de derecho aclarándolas y realizando preguntas. Él tiene que lograr que las partes en forma oportuna y completa declaren sobre los hechos relevantes, en especial aclaraciones insuficientes que hacen a los hechos invocados a los</p>

	<p>derecho y realizar preguntas.</p> <p>(2) El Presidente debe llamar la atención sobre consideraciones, que corresponden a cuestiones que pueden ser analizados de oficio.</p> <p>(3) Debe permitir a cualquier miembro del Tribunal a realizar preguntas, luego de la petición correspondiente.</p>	<p>efectos de completarlos para describir los medios de prueba y para interponer las peticiones que se adecuen a la causa.</p> <p>(2) En tanto exista un punto de vista que no haya sido reconocido por una parte o que haya sido considerado como irrelevante, el tribunal puede fundar su resolución sobre él siempre que advierta de ello a las partes y les otorgue la posibilidad para que se expresen al respecto y no se trate de un crédito accesorio.</p> <p>(3) El tribunal tiene que llamar la atención sobre consideraciones que por su contenido deben ser consideradas de oficio.</p> <p>(4) Las observaciones, de acuerdo con estas disposiciones, deben realizarse lo más pronto posible y ser registradas en expediente (apud acta). Su realización puede ser probada solo por el contenido registrado en los expedientes. Contra el contenido de los expedientes es solamente admisible la acreditación de falsedad.</p> <p>(5) En caso de que no sea posible para una parte declarar en forma inmediata con relación a un aviso</p>
--	---	--

		judicial, el tribunal a petición de aquella puede otorgar un plazo dentro del cual pueda realizar la declaración en forma escrita.
§142	<p>(1) El tribunal puede ordenar que una parte presente los documentos que se encuentren en su poder, a los cuales hizo referencia, así como árboles genealógicos, planos, croquis u otros dibujos.</p> <p>(2) El tribunal puede ordenar que la documentación permanezca por un determinado tiempo en la secretaría del tribunal.</p> <p>(3) El tribunal puede ordenar que los documentos que estén en lengua extranjera sean acompañados con traducción, que debe ser realizada, de acuerdo con las directivas de la administración de justicia del Estado, por un traductor autorizado.</p>	<p>Orden de presentación de documentos.</p> <p>(1) El tribunal puede ordenar que una parte o un tercero presente documentos u otros objetos que se encuentren en su poder, a los cuales una parte hizo remisión. El tribunal puede imponer un plazo y ordenar que la documentación permanezca por un determinado tiempo en la secretaría del tribunal.</p> <p>(2) Los terceros no están obligados a poner a disposición los documentos en tanto ello no sea exigible o se encuentre dentro de los supuestos de exención del deber de ser testigos previsto en los §§ 383 a 385. Los §§ 386 a 390 son aplicables en lo que corresponda.</p> <p>(3) El tribunal puede ordenar que los documentos que estén en lengua extranjera sean acercados con traducción que debe ser realizada, de acuerdo con las directivas de la administración de justicia del Estado,</p>

		por un traductor autorizado. Esto no es aplicable con relación a un tercero.
§273	<p>(1) El tribunal tiene que proveer las medidas preparatorias necesarias en forma oportuna. En cualquier estado del procedimiento, debe propender a que las partes declaren en forma completa y oportuna.</p> <p>(2) Para la preparación de cada audiencia, el presidente o alguno de los miembros del Tribunal designados por aquel puede:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Solicitar a las partes que completen o aclaren sus escritos preparatorios, así como que presenten documentos, y, en general, cualquier otro objeto que sea apto para ser presentado ante el tribunal y también, especialmente, fijar un plazo para la aclaración de cuestiones que así lo requieran; 2. Solicitar a organismos o quien ejerza funciones públicas la entrega de documentos o el otorgamiento de informes oficiales; 3. Ordenar la comparecencia personal de las partes; 4. Decidir sobre la citación a la audiencia oral de testigos, a que se 	<p>Preparación de la audiencia.</p> <p>(1) El tribunal tiene que proveer las medidas preparatorias necesarias en forma oportuna.</p> <p>(2) Para la preparación de cada audiencia el presidente o alguno de los miembros del tribunal designados por aquel puede:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Solicitar a las partes que completen o aclaren sus escritos preparatorios, en especial emplazarlas para que aclaren sobre algún punto especial que necesite ser esclarecido; 2. Solicitar a organismos o quien ejerza funciones públicas la entrega de documentos o el otorgamiento de informes oficiales; 3. Ordenar la comparecencia personal de las partes; 4. Decidir sobre la citación y orden de comparecencia para testigos, de acuerdo con el § 378, con relación a los cuales las partes han referido, y sobre los peritos para que participen de la audiencia oral;

	<p>han referido las partes, así como también de peritos, y disponer además de acuerdo con el § 378;</p> <p>(3) Los mandamientos que deben ser pronunciados de acuerdo con el apartado 2, números 4 y 5, en tanto no deban pronunciarse contra una parte, deben solo concederse cuando el demandado se haya ya opuesto al escrito de demanda. Para los mandamientos de acuerdo con el apartado 2, número 4, rige el § 379 en lo que corresponda.</p> <p>(4) Las partes deben ser notificadas de cada mandamiento. En caso de ordenarse la comparecencia personal de las partes rigen las disposiciones del §141 apartados 2 y 3.</p>	<p>5. Pronunciar las órdenes de acuerdo con los §§ 142, 144.</p> <p>(2) Los mandamientos que deben ser pronunciados de acuerdo con el apartado 2, números 4 y 5, en tanto no deban pronunciarse contra una parte, deben solo concederse cuando el demandado se haya ya opuesto al escrito de demanda. Para los mandamientos de acuerdo con el apartado 2, número 4, rige el § 379 en lo que corresponda.</p> <p>(3) Las partes deben ser notificadas de cada mandamiento. En caso de ordenarse la comparecencia personal de las partes rigen las disposiciones del §141 apartados 2 y 3.</p>
§278	<p>(1) En la audiencia principal, el Tribunal hará una relación sobre el estado de la cuestión fáctica y la litis. Las partes que hayan acudido deben ser oídas personalmente para estos efectos.</p> <p>(2) A la discusión de la cuestión controvertida debe seguir, de inmediato, la recepción de pruebas. Con posterioridad a ésta, debe discutirse nuevamente con las partes</p>	<p>Solución amistosa de la litis, conciliación, transacción.</p> <p>(1) El tribunal debe tener en cuenta en cada estado del proceso la posibilidad de una solución amistosa de la litis o de algunos aspectos de ella que sean controvertidos.</p> <p>(2) La audiencia principal tiene por objeto la solución amistosa del proceso; es prioritaria la conciliación. Puede suceder, sin embargo, que ello</p>

<p>el estado de la cuestión fáctica y de la controversia.</p> <p>(3) El tribunal sólo puede fundar su decisión en un punto de vista jurídico que una de las partes haya pasado por alto o considerado irrelevante, resultando ello evidente, siempre que haya dado oportunidad para manifestar lo que resultare pertinente a su respecto y cuando no se trate de una cuestión accesoria.</p> <p>(4) Si fuera necesaria una nueva audiencia, ésta debe llevarse a cabo en el menor tiempo posible.</p>	<p>ya haya sido intentado en un organismo extrajudicial que cumpla esa función o que la conciliación aparezca manifiestamente sin posibilidad de éxito. El tribunal tiene que aclarar con las partes –con libre convencimiento- en la audiencia de conciliación el estado de la causa y la litis con relación a todas las circunstancias y, siempre que sea necesario, realizar pregunta. La comparecencia de las partes debe realizarse en forma personal.</p> <p>(3) Para la audiencia de conciliación como así también para los intentos posteriores a fin de arribar a una solución amistosa debe ordenarse la comparecencia personal de las partes. El § 141 apartado 1, oración 2, y apartados 2 y 3 rige en lo que corresponda.</p> <p>(4) En caso de que las partes no comparezcan personalmente a la audiencia de conciliación, debe ordenarse la paralización del proceso.</p> <p>(5) El tribunal puede enviar a las partes para la audiencia de conciliación por ante un juez delegado o encargado. En los casos adecuados el tribunal puede proponer a las partes</p>
---	---

		<p>un acuerdo extrajudicial. En caso de que las partes así lo decidan rige en lo que corresponda el § 251.</p> <p>(6) Una transacción judicial puede ser realizada en tanto las partes presenten ante el tribunal una propuesta por escrito o cuando de la misma forma acepten una propuesta de transacción realizada en forma escrita por el tribunal. El tribunal determina mediante una providencia la conclusión y el contenido de una transacción obtenida de acuerdo con la oración 1. El § 164 rige en lo que corresponda.</p>
§295	<p>(1) La violación de las disposiciones del proceso y en especial de la forma de un acto procesal no puede ser más reclamada cuando la parte haya renunciado a hacer efectiva de dicha disposición o cuando ella haya participado en la subsiguiente audiencia oral que haya tenido lugar sobre la base del procedimiento y que contenía el vicio aun cuando la parte comparezca y no haya reclamado, siendo que el defecto le era o le debió haber sido conocido.</p> <p>(2) Las disposiciones precedentes no son aplicables cuando no son violadas</p>	<p>Reclamos procesales.</p> <p>(1) La violación de las disposiciones del proceso y en especial de la forma de un acto procesal no puede ser más reclamada cuando la parte haya renunciado a hacer efectiva de dicha disposición o cuando ella haya participado en la subsiguiente audiencia oral que haya tenido lugar sobre la base del procedimiento y que contenía el vicio aun cuando la parte comparezca y no haya reclamado, siendo que el defecto le era o le debió haber sido conocido.</p>

	<p>disposiciones cuya aplicación no puede ser válidamente renunciada por una parte.</p>	<p>(2) Las disposiciones precedentes no son aplicables cuando no son violadas disposiciones cuya aplicación no puede ser válidamente renunciada por una parte.</p>
§331	<p>(1) En caso de que el actor solicite sentencia en rebeldía en contra del demandado incompareciente en término a la audiencia, deben tenerse por admitidas las alegaciones del actor relativas a los hechos. Esto no rige para las alegaciones relativas a la competencia del tribunal, de acuerdo con el § 29 apartado 2 y el § 38.</p> <p>(2) En tanto la petición de la demanda sea fundada, ella debe ser reconocida; en caso contrario debe ser rechazada.</p> <p>(3) En caso de que el demandado no se haya manifestado oportunamente contra el § 276 apartado 1, oración 1, y apartado 2, y quiera defenderse contra la demanda, el tribunal se pronuncia sin audiencia oral a petición del actor; esto no rige cuando aún es posible la declaración del demandado antes de que la sentencia sea remitida por el juez a la secretaría del tribunal. La petición del actor puede ya estar contenida en el escrito de la demanda.</p>	<p>Sentencia en rebeldía contra el demandado.</p> <p>(1) En caso de que el actor solicite sentencia en rebeldía en contra del demandado incompareciente en término a la audiencia, deben tenerse por admitidas las alegaciones del actor relativas a los hechos. Esto no rige para las alegaciones relativas a la competencia del tribunal, de acuerdo con el § 29 apartado 2 y el § 38.</p> <p>(2) En tanto la petición de la demanda sea fundada, ella debe ser reconocida; en caso contrario debe ser rechazada.</p> <p>(3) En caso de que el demandado no se haya manifestado oportunamente contra el § 276 apartado 1, oración 1, y apartado 2, y quiera defenderse contra la demanda, el tribunal se pronuncia sin audiencia oral a petición del actor; esto no rige cuando aún es posible la declaración del demandado antes de que la sentencia sea remitida por el juez a la secretaría del tribunal.</p>

		<p>La petición del actor puede ya estar contenida en el escrito de la demanda. Una resolución sin audiencia oral también es admisible siempre que las alegaciones del actor contenidas en la demanda no se funden en una prestación accesoria y el acreedor, antes de la resolución, haya advertido sobre dicha posibilidad.</p>
§333	<p>La parte que comparece a la audiencia pero no participa en ella debe considerarse incompareciente.</p>	<p>Parte compareciente no participa.</p> <p>La parte que comparece a la audiencia pero no participa en ella debe considerarse incompareciente.</p>