

MAESTRÍA EN DERECHO Y ARGUMENTACIÓN

**Tema: LÍMITES A LAS POTESTADES PROBATORIAS DE
LOS JUECES
PROCEDENCIA O IMPROCEDENCIA DE LAS PRUEBAS DE
OFICIO**

Alumno: Ab. Máximo Alejandro Flores

Tutor: Dr. Jorge Zinny

INDICE

I. INTRODUCCIÓN	Pág. 1
II. DIFERENCIAS ENTRE PRUEBAS DE OFICIO Y MEDIDAS DE MEJOR PROVEER	Pág. 2
III. DIFERENTES MODELOS ACERCA DE LAS PRUEBAS DE OFICIO	Pág. 3
III.1. Posición del activismo	Pág. 3
III.2. Posición garantista	Pág. 5
IV. ARGUMENTOS DE AMBAS CORRIENTES DOCTRINARIAS	Pág. 6
IV.1. Activismo Judicial	Pág. 6
IV.1.a) Publicización del proceso civil	Pág. 8
IV.1.b) Justicia del caso concreto	Pág. 9
IV.1.c) Búsqueda de la verdad jurídica objetiva	Pág. 12
IV.1.d) Imparcialidad del juzgador	Pág. 15
IV.1.e) Nuevos principios del derecho	Pág. 17
IV.1. f) Pruebas de oficio	Pág. 20
IV.1. g) Activismo y pruebas de oficio	Pág. 21
IV. 1. h) Conclusión	Pág. 24
IV.2. Garantismo Procesal	Pág. 25
IV.2.a) Crítica a la publicización del proceso civil	Pág. 26
IV.2.b) Igualdad procesal	Pág. 28
IV.2.c) Imparcialidad del juzgador	Pág. 30
IV.2. d) Concepción unitaria del derecho procesal	Pág. 30
IV.2. e) La ideología autoritaria de las leyes procesales que le acuerdan deberes instructorios al juez	Pág. 31
V. MI OPINIÓN	Pág. 34

V.1. Violación del principio de imparcialidad. Imparcialidad objetiva y subjetiva	Pág. 35
V.2. b) Despacho de pruebas de oficio y prejuzgamiento	Pág. 47
V.2. c) La base autoritaria del despacho probatorio de oficio	Pág. 48
V.2. d) Discrecionalidad y arbitrariedad	Pág. 53
V.2. e) Verdad jurídica objetiva	Pág. 56
VI. PROCEDENCIA O IMPROCEDENCIA DE LAS MEDIDAS DE MEJOR PROVEER.	Pág. 62
VI.1. Reglas restrictivas de las medidas de mejor proveer	Pág. 63
VI.2. Las medidas de mejor proveer en la provincia de Córdoba	Pág. 63
VI.2. a) Criterio que aplica las reglas restrictivas	Pág. 65
IV.2. b) Criterio que aplica reglas restrictivas según las circunstancias del caso	Pág. 67
VI.2. c) Criterio que las equipara con las pruebas de oficio	Pág. 68
VI.3. Identificación en doctrina entre MMP y pruebas de oficio	Pág. 69
VII. LA SOLUCION ESPAÑOLA. LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL ESPAÑOLA (LEC) Y LAS MEDIDAS DE MEJOR PROVEER	Pág. 71
VIII. EL MODELO QUE SE PROPONE	Pág. 75
VIII.1. Sistema procesal	Pág. 75
VIII.2. Deberes del juez en caso de ausencia o deficiencia de prueba	Pág. 75
VIII.3. Carga de la prueba	Pág. 76
VIII.4. Cargas probatorias dinámicas y sistema dispositivo. Compatibilidad	Pág. 78
VIII.5. Facultades del juez en supuestos de dudas surgidas a la hora de sentenciar. El modelo que se propone	Pág. 81
VIII.5.a) Supresión de medidas de mejor proveer	Pág. 82
VIII.5.b) Medidas de mejor proveer despachadas a instancia de parte	Pág. 83
VIII.5.c) La solución que se escoge: inserción de reglas restrictivas en la norma que	Pág. 84

regula las MMP

IX. CONCLUSIONES FINALES

Pág. 85

X. BIBLIOGRAFIA

Pág. 87

LÍMITES A LAS POTESTADES PROBATORIAS DE LOS JUECES

PROCEDENCIA O IMPROCEDENCIA DE LAS PRUEBAS DE OFICIO

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo aborda la cuestión de las potestades probatorias de los jueces en el proceso civil.

Los interrogantes que se formulan son los siguientes: a) ¿Deben disponer los jueces de deberes o facultades probatorias? b) En caso afirmativo, ¿Se trata de deberes o facultades? c) ¿Afectan o no garantías constitucionales? d) ¿Existen diferencias entre pruebas de oficio y medidas de mejor proveer?.

A los fines de evacuar los interrogantes planteados, se deberá tratar lo siguiente: en primer lugar se distinguirán las pruebas de oficio de las medidas de mejor proveer, dado que las mismas por sus diferencias pueden impactar de diferente manera en las garantías constitucionales. En segundo lugar, se analizaran los argumentos de dos corrientes doctrinarias, una, el “activismo”, que admite la procedencia de las pruebas de oficio y otra, el “garantismo”, que rechaza su procedencia.

Por último se emitirá la opinión del que suscribe, que consistirá en la admisión o inadmisión de las pruebas de oficio y en proponer, si correspondiera, una posible solución.

Inclinarse por la procedencia o improcedencia de las pruebas de oficio importa asumir una postura acerca de la posición que deben ocupar el juez y las partes en el proceso civil, los deberes del primero y las garantías del segundo, que involucra cuestiones tales como la posible afectación del principio de imparcialidad e igualdad procesal, y la elección del proceso civil con base en el sistema inquisitivo o dispositivo.

La inclinación por una u otra postura, importa también una elección sobre el sistema procesal que debe regir el proceso civil: el garantismo que responde al sistema dispositivo o el activismo con base en el sistema inquisitivo.

II. DIFERENCIAS ENTRE PRUEBAS DE OFICIO Y MEDIDAS DE MEJOR PROVEER.

Los despachos probatorios de oficio pueden clasificarse en pruebas de oficio y en medidas de mejor proveer. Entre ambas existen diferencias ostensibles en cuanto a su naturaleza, oportunidad y objeto que justifican la diferencia establecida en el presente trabajo:

a) La naturaleza de ambas son diferentes, las pruebas de oficio importan un deber de esclarecer la verdad y las medidas de mejor proveer una facultad de aclarar puntos oscuros con la finalidad de mejor proveer.

b) La segunda diferencia radica en la oportunidad de su dictado: las pruebas de oficio es posible despacharlas en cualquier estado de la causa, resultando irrelevante el estado en que la misma se encuentra¹. Por su parte, las medidas de mejor proveer, se deben dictar una vez que concluyó la causa.

¹ “Es necesario precisar los siguientes conceptos diferenciados nítidamente por la doctrina; las diligencias para esclarecer la verdad de los hechos y las medidas para mejor proveer. Las diligencias reguladas con el objeto de esclarecer los hechos, sólo pueden ser ordenadas durante el período probatorio. Las medidas para mejor proveer únicamente pueden ser dispuestas cuando las partes han producido la totalidad de las pruebas ofrecidas y cerrado el debate, el juez debe dictar sentencia. Aunque parezca obvio enfatizarlo, ambas alternativas sobreentienden el cumplimiento, durante la secuela regular del procedimiento contumacial de una actividad probatoria desplegada, privativa y excluyentemente, a partir de la parte apersonada, con respecto a las medidas para mejor proveer, en particular, cabe expresar otro tanto; pues, con apoyo en un criterio casi unívoco, respaldado por autorizadas voces doctrinarias-nacionales y de derecho comparado – procede concluir que aquéllas no exhiben una naturaleza autónoma, pues son complementarias e integrativas de las pruebas producidas en la causa. Adviértase que esclarecer no significa investigar ni averiguar, sino tan sólo poner en claro lo que ya está investigado y averiguado; lo cual no es sino una aplicación del principio dispositivo, según el que, en las causas civiles, el material de cognición debe ser aportado principalmente por las partes. Ese esclarecimiento de la verdad nunca puede llegar a invadir el terreno inquisitivo; constituye el último límite de la figura privatística y no el primero de la inquisitoria”, González Atilio Carlos: Estudios de Derecho Procesal V. III p. 83 y ss. Edit. Ad Hoc, Buenos Aires, Argentina 1992.

c) Se diferencian también con relación al objeto perseguido por cada una, dado que las medidas de mejor proveer suponen una permisión de aclarar puntos dudosos u oscuros, mientras que las pruebas de oficio, suponen el deber de perseguir la verdad jurídica objetiva, con el fin de obtener la justicia material del caso.

La presente distinción es útil por las siguientes razones: al ser diferentes, repercuten de diferente manera en los derechos y garantías de las partes. Las pruebas de oficio se encuentran receptadas en la legislación vigente en el art. 36 del Código Procesal Civil de la Nación, mientras que las medidas de mejor proveer se encuentran receptadas en el artículo 325 del Código Procesal Civil de Córdoba.

En lo sucesivo y a los fines de una mejor exposición, me referiré a pruebas de oficio en los términos previstos por la norma aludida del CPCN y a medidas de mejor proveer en los términos prescriptos por la norma aludida del CPCC.

III. DIFERENTES MODELOS ACERCA DE LAS PRUEBAS DE OFICIO

El activismo y el garantismo asumen diversas posturas referidas a la procedencia o improcedencia de las pruebas de oficio.

III.1. Posición del activismo: la posición del activismo más extrema o fuerte es posible enunciarla de la siguiente manera: *El juez se encuentra obligado a despachar pruebas de oficio, a los fines de esclarecer la verdad jurídica objetiva y perseguir la justicia material del caso, con independencia de la diligencia o negligencia de las partes en la producción de la prueba y en cualquier estado de la causa.*²

² “Sostenemos a ciencia, creemos, cierta, que siempre que devenga necesaria sea ordenada “prueba oficiosa”, indefectiblemente será ésta precedida por la inoperancia de parte o insuficiencia del medio empleada por esta a fines de acreditar los hechos. Si es necesario que sea S.S. quien ordene se despliegue actividad probatoria se sobre-entiende que han sido las partes las que no han logrado se produzca la prueba debida, o la que producida no ha alcanzado convicción en el juzgador. De no existir “negligencia” de no haber sido “insuficiente la prueba producida” o de no existir “error probatorio”, en nada útil resultaría sea el juez quien se valga de las medidas para mejor proveer, es más sería innecesario lo haga. Conforme dicho razonamiento, podemos abreviar en consecuencia que el pretendido límite no es tal, sino todo por el contrario, casi resultaría, en algunas oportunidades, “presupuesto” de las medidas objeto de

Esta posición es la que surge del artículo 36 del Código Procesal Civil de la Nación que se analizará infra. Es una obligación del juzgador esclarecer la verdad de los casos y por lo tanto debe disponer de las herramientas para hacerlo. En esta versión resulta indiferente la etapa en que se encuentra el proceso y también irrelevante si la parte aportó elementos probatorios y si fue diligente o no en la producción de la prueba.

También se considera activista una idea más moderada o débil que puede enunciarse de la siguiente manera: *el juez se encuentra obligado a despachar pruebas de oficio en cualquier estado del proceso siempre que no supla la negligencia, omisión o desinterés de la parte*. Esta posición admite las pruebas de oficio, pero con algunas restricciones que limitan la potestad del juzgador: en primer lugar no debe suplir la negligencia, omisión o desinterés de las partes, con lo que se garantizaría la igualdad ante la ley y la imparcialidad del juzgador. Este modelo le asigna al juez una obligación con el fin de dictar mejores sentencias, que tengan en cuenta la verdad y la justicia del caso, les permite despachar pruebas de oficio en cualquier estado del proceso, siempre que no quiebre la igualdad ante la ley. Se funda en el sistema dispositivo con un matiz inquisitivo. Las partes tienen la facultad de iniciativa, de aportación de material fáctico y probatorio y ejercen el control sobre la prueba. La función del juzgador es ordenar el debate, pero se encuentra obligado a esclarecer la verdad de los hechos, y por tal razón dispone de facultades probatorias, luego de verificar que las partes resultaron diligentes en el ofrecimiento y diligenciamiento de la prueba.

estudio. Conforme los parámetros y los modernos criterios (en el sentido más amplio del concepto) sobre “justicia”, “verdad jurídica objetiva”, “debido proceso” mal puede la judicatura so pretexto de “suplir negligencia” alguna, evitar disponer medidas para mejor proveer” que persigan lograr convicción. Los criterios antedichos no compatibilizan con la imagen de un juez desidioso, que deja de ejercer los poderes –facultades que la ley le provee. Es el juez quien indefectiblemente, suple o complementa la iniciativa y actividad probatoria mediante la prueba oficiosa”, Jiménez María Eugenia; “Poderes instructorios del juez. Medidas para mejor proveer. Activismo judicial vs. Garantismo. Nuevas tendencias y recaudos. CSJN, Revista Argentina La Ley Córdoba, 2010, pág. 137.

III.2. Posición garantista: el garantismo extremo o fuerte sostiene el siguiente modelo: *El juez no debe despachar pruebas de oficio ni medidas de mejor proveer, ni siquiera en caso de duda, puesto que se vulnera la garantía constitucional de igualdad ante la ley y se afecta la imparcialidad e imparcialidad del juzgador. En caso de duda debe rechazar la demanda, en virtud del principio de inocencia del demandado.*

Esta posición no admite las medidas de mejor proveer bajo ningún aspecto, por entender que vulnera la garantía constitucional de igualdad ante la ley y se afecta la imparcialidad del juzgador. Es clara la identificación que el garantismo formula entre proceso penal y proceso civil y de allí la invocación del principio de inocencia.

El garantismo dispone también de una versión moderada o débil, que se formula de la siguiente manera: *El Juez se encuentra facultado excepcionalmente para despachar medidas de mejor proveer, al finalizar la causa y con el sólo objeto de clarificar las probanzas de la causa, siempre que no supla la negligencia, omisión o desinterés de la parte.*

Obsérvese que esta posición ni siquiera alude a las pruebas de oficio, las que lisa y llanamente descarta, permitiendo el despacho de medidas de mejor proveer de manera excepcional, con un sentido clarificador, al finalizar la causa y siempre sin perder de vista la imparcialidad del juzgador. La diferencia con la versión débil del activismo es que esta posición no admite las pruebas de oficio y las medidas de mejor proveer se deben dictar al concluir la causa.

En definitiva la diferencia más clara entre ambas es la siguiente: el garantismo rechaza la procedencia de las pruebas de oficio, mientras que el activismo las juzga procedentes.

IV. ARGUMENTOS DE AMBAS CORRIENTES DOCTRINARIAS

Seguidamente a los fines de desarrollar con mayor propiedad la procedencia o improcedencia de las pruebas de oficio, se analizan los principales rasgos de ambas corrientes que se relacionen con la materia en estudio.

Es dable destacar que no se trata de un análisis total de ambas corrientes sino que se resaltarán los rasgos más definidos de ambas corrientes relacionado con el tema en estudio. Es posible que desde la lectura pueda entenderse que el que suscribe toma posición por una u otra corriente. Esto no es así, simplemente se pondrá énfasis en los argumentos de cada una de las corrientes. Infra, en el apartado en el cual emito mi opinión, recién me definiré por alguna de las corrientes, siempre con alguna reserva.

IV.1. Activismo Judicial: el activismo judicial es la corriente doctrinaria que más contribuyó al crecimiento del derecho procesal estos últimos veinte años. Ha generado diversos institutos y nuevos principios que además de oxigenar el proceso civil con nuevos aires, logró también provocar la discusión y el debate acerca de las bondades de sus posibles avances.

No existiría hoy el garantismo sin un activismo fuerte, creativo, y avasallante. Sus nuevos institutos con nombres originales han sacudido la modorra de un derecho procesal en algún aspecto anquilosado. Con esta corriente van apareciendo constantemente nuevos institutos y nuevas ideas, pasando desde las medidas autosatisfactivas, la reposición in extremis, la tutela anticipatoria, las cargas probatorias dinámicas, el recurso ad infinitum, la medida cautelar innovativa y varios institutos más. Si se habla de modificaciones del derecho procesal argentino en estas últimas décadas en argentina, se tiene que hablar necesariamente de activismo judicial.

Este reconocimiento a la labor ardua y creativa del activismo judicial, no importa aceptar sin discusión alguna sus institutos. En este trabajo se aceptarán algunos,

se criticarán otros, pero lo cierto es que nadie puede permanecer indiferente al ideario activista.

Uno de los pilares del activismo judicial es justamente la necesidad de optimizar el servicio de justicia, entronizando una figura de juez activo y fuerte, despojado de la excesiva prudencia que perjudica su ministerio³. La manera de consolidar la idea de juez activo y con amplias facultades de dirección, es dotarlo de herramientas cuya aplicación modifican la figura del juez espectador del proceso civil liberal⁴. El activismo sugiere un juez comprometido con la justicia del caso, curioso del material fáctico y dispuesto a esclarecer la verdad de los hechos, a los fines de obtener la justicia del caso concreto.

Las pruebas de oficio ya receptadas en el CPCCN es uno de los institutos más importantes que pregonan el activismo, pero tal como lo sostiene Jorge Peyrano, *“...No se agota con el ejercicio de la susodicha potestad que también tiene otras formas de expresión: la llamada reconducción de pretensiones defectuosamente planteadas pero parcialmente rescatables, el rechazo in limine de pretensiones principales o incidentales y de otros pedimentos, el impulso procesal oficioso, la interpretación extensiva del principio de adquisición procesal, que justifica entre otras cosas, la*

³ Realmente lo primero que debe destacarse es que si algo singulariza al juez civil nativo es su extremada prudencia y hasta cierto “horror” a hacer uso de atribuciones procedimentales más o menos enérgicas, razón por la cual las facultades que el activismo quiere poner en manos de los magistrados locales no siempre serán aprovechadas. Pero lo que interesa es que se pongan al alcance de los magistrados que con cierta dosis de coraje civil no trepidarán en ejercitarlas cuando correspondiera. Y no se crea que dicho ejercicio estará siempre dictado por el deseo de “investigar” cuál es la verdad- tarea, en principio, extraña a la justicia civil- sino orientada, a veces, a suplir, hasta donde se pueda y con particular reverencia respecto de límites infranqueables que el activismo reconoce- flagrantes falencias técnicas de letrados que repercuten injustamente sobre las cabezas de los justiciables que defienden- No participamos de la idea de que siempre “un juicio por “mala praxis abogadil” está en condiciones de restañar la lesión patrimonial sufrido por un patrimonio y tampoco- y esto es lo más grave- de restaurar la confianza perdida en los estrados judiciales” J. W. Peyrano; “Sobre el activismo judicial” en “Activismo y Garantismo Procesal”, Academia nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba”, pág. 12, año 2009.

⁴ “El juez espectador quedó en la historia. Su rol es hoy diligente, interesado en el resultado útil de lo que personalmente haga (más que en lo que deje de hacer). Vigila, orienta, explora y gestiona prueba. Por activo es activista. Desde el comienzo no puede estar inerte y ajeno, ni distante. Debe conocer lo que está ocurriendo y eso que sucede, que este bien hecho y para servir”, Morello Augusto, “La prueba. Tendencias modernas”, librería Editora Platense- Abeledo Perrot, 1991, P. 101.

ponderación oficiosa de indicios, la llamada flexibilización de la congruencia, en materia decisoria, etc”⁵.

Por lo tanto seguidamente se analizarán los rasgos principales del activismo con algunos de sus institutos y principios, incluyendo las pruebas de oficio.

IV.1.a) Publicización del proceso civil: tradicionalmente en el proceso civil se ventilan derechos disponibles por las partes. Al tratarse de cuestiones privadas de las mismas, ejercen su señorío sobre el proceso y el Estado no se involucra en la contienda. Se asume que el juez es el que ordena la contienda, cuestión no discutida ni por activistas ni por garantistas.

El viejo proceso civil liberal sostenía que al tratarse de derechos disponibles, el Estado debía permanecer ausente en el debate entre los justiciables. En cuestiones disponibles, el sistema dispositivo se erigía como la única alternativa. Este argumento actualmente se encuentra en crisis y se sostiene que el proceso civil detenta una función social y que por lo tanto es imprescindible su publicización⁶.

En el activismo, los derechos disponibles de las partes mantienen esa calidad hasta tanto ingresen en el proceso judicial. Una vez que se ventilan en un tribunal, el Estado no puede permanecer indiferente a la suerte de los mismos. De esta manera el

⁵ Peyrano Jorge Walter; “Sobre el activismo Judicial” en “Activismo y Garantismo Procesal”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, año 2009, pág. 17.

⁶ “La doctrina publicista- como es sabido- concibe al proceso virtualmente escindido del derecho subjetivo y dotado de una lógica autónoma y centrípeta. Calamandrei define este fenómeno del modo siguiente: Todos los puentes entre la acción y el derecho quedan rotos: A fuerza de insistir sobre la independencia del derecho procesal respecto del derecho sustancial, se ha llegado a alzar entre ellos una muralla sin ventanas. El derecho subjetivo, del que en un tiempo la acción se presentaba como escolta vigilante y armada, permanece según esta teoría, apartada e inerte, puesto que la acción no se concibe ya como un instrumento para hacer vencer al que tiene razón, sino como un instrumento puesto igualmente al servicio de quien tiene razón y de quien no la tiene: de suerte que, en lugar de ser la garantía del derecho subjetivo, se reduce a ser , como con agudeza se ha dicho (Chiovenda), “el derecho a no tener razón”, mediante el cual ciudadano puede darse el gusto, realmente muy platónico, de hacer declarar en contra suyo la certeza del derecho objetivo: per ricavarne una vittoria poi che giovi al vinto e al vincitori annoi (para alcanzar una victoria , luego , favorable al vencido y que al vencedor fastidie” Los juristas que militan en el denominado activismo judicial no participan de esta cosmovisión mutativa del proceso; mantienen, por el contrario, un criterio funcional de la defensa en juicio y conciben al proceso, básicamente como un instrumento de tutela del derecho subjetivo y no su tumba” Luis René Herrero. “El derecho a ser oído. Eficacia del debate procesal”, en “Debido proceso”, AAVV Rubinzal Culzoni, año 2003, pág. 115.

Estado se ve interesado en la resolución de la causa, evitando su paralización y encontrándose obligado a esclarecer la verdad de los hechos, conforme surge de las prescripciones del Código Procesal Civil de la Nación.

El viejo sistema procesal liberal y privatista, ajeno totalmente al sistema inquisitivo, adquirió con el tiempo algunos matices de derecho público, matices que ni siquiera los más conspicuos autores del garantismo cuestionan.

IV.1.b) Justicia del caso concreto: el activismo critica el formalismo del proceso civil. Considera que las formas rituales del proceso civil llevan al naufragio de la justicia material del caso concreto y que un proceso judicial que desprecie la verdad y la justicia y se contente con el cumplimiento de las formas es una parodia de proceso. La propia Corte Suprema de la Nación en diversos fallos ha asumido esta posición⁷ y es la que debería seguir constantemente el denominado “derecho judicial”. Esta corriente sostiene que el proceso civil no debe pensarse en términos formales. Lo que verdaderamente importa es la satisfacción de la justicia y no la aplicación estricta de la ley formal. Para esta corriente el aforismo “dura lex, sed lex”, no tiene lugar en el derecho procesal, que es el instrumento mediante el cual ejercitan los derechos los justiciables y no un fin en sí mismo⁸. Lo que se persigue es la verdad sustancial y la

⁷ “La Corte Suprema de Justicia de la Nación nos enseña que el proceso civil no puede ser conducido por términos estrictamente formales, pues no se trata de cumplir ritos caprichosos, sino de desarrollos de procedimientos destinados al esclarecimiento de la verdad jurídica, que es su norte, fijando su postura en el sentido de que los jueces no pueden prescindir del uso de los medios a su alcance para determinar la verdad jurídica objetiva y evitar que el proceso se convierta en una sucesión de ritos caprichosos. Así ha variado su tendencia, abandonando la exagerada sujeción a normas formales y adoptando un nuevo enfoque a partir del leading caso “Colalillo”, que inauguró esta línea jurisprudencial, en el que el juez civil debe ser un verdadero investigador, con facultades amplias para encontrar la verdad real y debe primar la verdad jurídica objetiva e impedirse su ocultamiento ritual, como exigencia del adecuado servicio de justicia garantizado por el artículo 18 de la Constitución Nacional” Junyent Bas, Graciela: La búsqueda de la verdad jurídica objetiva en el proceso civil en Córdoba. Nuevas tendencias. Pág. 56, Editorial Alveroni, Cba. Febrero de 2002.

⁸ “Las II Jornadas de Derecho Procesal Argentino- llevadas a cabo en Villa Mercedes (San Luis) en agosto de 1991- declararon con toda razón que “la figura del juez ideal ha trazado un arco que va desde el juez “boca de la ley” al juez “teleólogo, para concluir con el juez con “responsabilidad social”. Antiguamente y casi con deleite se decía que lo que distingue la función política de la judicial es que mientras aquélla debe ponderar la consecuencia de sus decisiones, en ésta se debe hacer caso omiso de las repercusiones de las sentencias pues dura lex sed lex. Empalma perfectamente con tan estrecha visión de

justicia material. Al Estado no le resulta funcional un sistema procesal en que el juez sea apenas un espectador, que observa con pasmosa tranquilidad como naufragan los derechos de los justiciables por mala praxis de abogados, y por el rigor formal. La función jurisdiccional es más que “juris dicio”, es más que decir el derecho. Tal es así, que en supuestos en que exista alguna laguna, el juez dentro de su margen de discrecionalidad, crea derecho.

De esta manera, con su concepción sustancial de la justicia, el activismo trata de superar la concepción formal de la justicia⁹. La justicia de las acciones no consiste en la adecuación de ellas a los modelos establecidos, sino que la justicia de las acciones consiste en que la misma sea justa. El desvelo del activismo es la justicia material, la verdad jurídica objetiva y por lo tanto, cualquier rigor formal debe ser desestimado, en aras de obtener el fin perseguido. A la sociedad no le interesa un juez espectador que observa como proceso a proceso se consagran injusticias. La sociedad requiere un juez activo que intente esclarecer los hechos y luego dictar una sentencia acorde con el

“lo judicial” la malhadada frase “lo que no está en el expediente no está en el mundo”. Por el contrario, el juez de hogaño, puede y debe, cuando corresponde, verificar cuales son las consecuencias de sus resoluciones para las partes (juez teleólogo) y aún para la comunidad en general (juez con responsabilidad social).” Jorge W. Peyrano. Procedimiento Civil y Comercial 1. Conflictos procesales. Editorial Juris, Junio de 2002, pág. 89.

⁹ “En una primera acepción, se entiende por formalismo, cierta teoría de la justicia, la teoría según la cual acto justo es aquel que es conforme a la ley e injusto aquel que está en desacuerdo con ella. Más exactamente se debería llamar “formalismo ético”, porque tiene en común con todas las teorías formalistas de la ética la afirmación de que el juicio ético consiste en un juicio de conformidad de un acto con la norma, de donde bueno es el acto realizado para cumplir con la ley y malo aquel que se realiza para transgredirla. El término más común para designar esta teoría es “legalismo”. Podemos decir que en esta primera acepción el formalismo jurídico coincide con la concepción legalista de la justicia. Es indudable que parte de las acusaciones contra el formalismo jurídico están dirigidas contra la concepción legalista de la justicia, en defensa de una concepción que sepa distinguir el juicio de legalidad del juicio sobre la justicia o injusticia de las acciones y tenga conciencia del hecho de que los dos juicios divergen y que no siempre la acción legal es justa ni la justa legal. Esta concepción de la justicia se llama “formal” porque define la acción justa como cumplimiento del deber, el hombre justo como aquel que cumple el deber propio, prescindiendo completamente de toda consideración en torno a la naturaleza o al fin del deber. Análogamente se habla de “verdad formal” respecto a una proposición cuando nos limitamos a verificar la correspondencia con las reglas del discurso del que forma parte, prescindiendo de cualquier verificación del acontecimiento por ella significado. Aquí el término “forma” esta tomado en una de las acepciones más tradicionales, más clásicas, como modelo “ideal” midiéndose bajo este criterio actos o acontecimientos. Un sistema normativo es aquí considerado como modelo o , mejor, como un conjunto de modelos para acciones humanas. La justicia de las acciones consiste en la adecuación de ellas a los modelos establecidos” Bobbio Norberto. “El problema del positivismo jurídico”, Pág. 13, “Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política”, México, año 2004.

derecho sustancial puesto en juego. La sentencia debe contener verdades, y los intereses particulares de las partes no siempre permiten aflorar la verdad¹⁰. Para lograr este resultado, el juez debe contar con una batería de institutos y principios limitados únicamente por el derecho de defensa de las partes.

Oswaldo Gozaíni, al describir al juez director del activismo que es diferente al juez espectador del garantismo y al juez totalitario de los países comunistas, sostiene lo siguiente: *“En una concepción intermedia sin generar el antagonismo que presuponen las corrientes anteriores, se habla del juez director. Este sería un magistrado que potencia sus poderes de iniciativa y dirección. Respecto a la instrucción se confirma el papel activo que le toca asumir en el proceso, confiriéndole una amplia iniciativa en la verificación de los hechos relevantes para la solución del litigio, tal como fue sometido a su conocimiento, es decir, sin rebasar los límites que marca la litis contestatio... Podemos reconocer aquí, el riesgo de una actuación parcial del juez, que se concretaría si él ejercitase sus poderes en el interés exclusivo de una de las partes. Más el riesgo de la parcialidad ronda al juez, que es y no puede dejar de ser humano, a lo largo de toda su actividad; y la única manera de eliminarlo completamente sería confiar a una máquina la dirección del proceso. Atar las manos al juez en la*

¹⁰ “La orientación favorable a la atribución de poderes de instrucción al juez, que se manifiesta- como se ha visto- en numerosos ordenamientos, se funda evidentemente sobre decisiones ideológicas en función de las cuales la cualidad de la decisión que cierra el proceso no es un hecho indiferente e irrelevante y debe a veces fundamentarse sobre una comprobación verdadera de los hechos de la causa. Para que esta finalidad venga conseguida es necesario que se realicen varias condiciones: una de estas condiciones es que el juez pueda integrar las iniciativas probatorias de las partes cuando éstas aparecen insuficientes o inadecuadas a consentir la adquisición de todas las pruebas que sean necesarias para formular una decisión que acierte en la verdad de los hechos. Aparece de otro lado insostenible la opinión.- algunas veces recurrente en particular en la doctrina norteamericana -según la cual un proceso podría estar orientado hacia la búsqueda de la verdad de los hechos y debería ser fundado sobre el exclusivo monopolio de las partes sobre las iniciativas probatorias. Propiamente la historia del proceso de Common Law, muestra, en efecto, que el proceso integralmente adversarial jamás ha estado orientado hacia la búsqueda de la verdad y que el libre enfrentamiento de las partes no es un buen método para lograr un acercamiento verdadero a los hechos. En todos los procesos se tiene al menos una parte, que no tiene interés en que se descubra la verdad; del lado de ellos, los defensores no son científicos que persiguen una búsqueda imparcial y desinteresada de la verdad, y tienen interés en hacer emerger la versión de los hechos que más conviene a sus clientes, que la verdad misma”, Taruffo Michele, “Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa”, La Ley 2010- D- 1219.

investigación de la verdad es pagar un precio demasiado alto por la prevención de un peligro que, aún sin tal exorcismo, normalmente permanece en “estado de peligro” y sólo en casos excepcionales se convierte en daño actual. El remedio más eficaz contra el riesgo de la parcialidad no consiste en argüir obstáculos en la investigación de la verdad. Consiste si, en imponer al juez el respeto escrupuloso de la contradicción en la actividad instructoria y la estricta observancia del deber de motivar sus decisiones, mediante el análisis cuidadoso de la prueba producida y la indicación de las razones de su convencimiento acerca de los hechos”¹¹. En definitiva, según el activismo, el juez debe contar con los resortes legales necesarios para esclarecer la verdad de los hechos y la verdad jurídica objetiva, franqueando las formas mediante la aplicación de la doctrina del exceso ritual manifiesto¹².

IV.1.c) Búsqueda de la verdad jurídica objetiva: la búsqueda de la verdad jurídica objetiva es otro de los pilares del activismo, conjuntamente con lo relatado en el apartado anterior.

Ubicado en este segmento del trabajo, pareciera que la verdad jurídica objetiva no integra el catálogo de prioridades de la doctrina garantista y que es patrimonio exclusivo de esta corriente activista. En modo alguno suscribo esta idea, simplemente manifiesto que el activismo no se ha resignado a la verdad formal que suele surgir de los procesos judiciales. Luego de esta aclaración, continúo analizando la búsqueda de la verdad jurídica objetiva por parte del activismo. Entiendo que el proceso civil no es un

¹¹ Gozaini, Osvaldo Alfredo: “Problemas actuales del derecho procesal”. Garantismo vs. Activismo judicial”, www.cijuso.org.ar/docs/Gozaeni_Osvaldo.doc.

¹² “No podemos dejar de advertir- y esto lo juzgamos de suma importancia- que en la mayoría de los casos en que se ha aplicado la doctrina del “exceso ritual manifiesto” ha existido apartamiento de las reglas específicas previstas para la tramitación de los procesos. A títulos de ejemplos: en “Colalillo” se permitió la incorporación de una prueba en forma extemporánea; en “Cabred” se admitió un documento, pese a una denegatoria firme a su respecto; y en “Besada” se computó una calidad sustancia, malgrado una no normal acreditación formal o procesal. Y si cabe, debemos poner de relieve que este apartamiento tuvo su expresión quizá máxima en el caso “Mozzatti” donde por razones excepcionales, se dejó de lado todo un proceso”. Bertolino, Pedro Juan, “El exceso ritual manifiesto” 2da. Edición, Librería Editorial Platense, 2003, pág. 169.

juego de artilugios y ficciones, en el cual obtenga mejores resultados quien maneje con mayor destreza las reglas del juego. Se trata ni más ni menos que un mecanismo para obtener la justicia material del caso, tal como afirma supra.

De acuerdo a esta doctrina la denominada justicia material del caso no existe sin verdad jurídica objetiva. Para ello según los autores que comparten esta corriente, es menester ajustar el mecanismo probatorio, dotando al juez de verdaderos poderes instructorios para esclarecer la verdad de los hechos.

Desde el activismo se critica al garantismo al sostener que *“Numerosas son las corrientes que empujan el corrimiento de las posturas a partir de la movida del juez, en razón de que la velocidad y cientificidad de la sociedad lo instalan realmente en posición de director y no de convidado de piedra en la disputa de “los otros”; sin embargo continuamos aferrados a que: 1) Se bloquee la actuación de las medidas para mejor proveer, con las que se accede a la verdad jurídica objetiva, prefiriendo a cualquier costo la “pasiva neutralidad” aunque la verdad queda oculta en las capas de un trámite impecable y la solución final sea aparentemente justa, según les consta a los profesionales, resultados que inexplicablemente aceptan los justiciables. 2) Se porfíe ferozmente por el logro de la indefensión (rebeldía y sus episodios aledaños) o el no reconocimiento de la capacidad para obrar de quienes luego podrían verse afectados con la cosa juzgada al oponérseles válidamente la extensión subjetiva del fallo. 3) Se tolere con complacencia la ramificación nunca podada de incidencias parásitas, en las que las energías técnicas y el tiempo útil del proceso pierden la noción de razonabilidad. 4) Temas ajenos a la respuesta de lo controvertido resuman la preocupación central del Juez (como los honorarios).”*¹³. De esta manera la autora de esta última cita, critica el rechazo del garantismo a los poderes instructorios del juez,

¹³ Junyent Bas, Graciela: La búsqueda de la verdad jurídica objetiva en el proceso civil en Córdoba. Nuevas tendencias. Pág. 20, Editorial Alveroni, Cba. Febrero de 2002.

criticando incluso la aceptación de los profesionales y de los justiciables de estas resoluciones injustas pero formales.

El activismo fustiga el derecho procesal tradicional y lo acusa de formalista. El formalismo radicaría en el predominio de la forma sobre la búsqueda de la verdad. En este sentido Jorge Peyrano coincide al afirmar que *“la doctrina autoral más autorizada se niega a decir que el litigio civil pueda generar verdades meramente “formales” o “procesales” distintas de las verdades “histórica”, “objetiva”, o “material” por reputarla una falsa distinción propia de la doctrina alemana decimonónica. Se diga lo que se quiera, la susodicha distinción obedeció al hecho de que años atrás se pensaba que el proceso civil era incapaz de desentrañar la verdad, a diferencia del proceso penal. Durante mucho tiempo se reservo al proceso penal la calidad de idóneo para develar la verdad “histórica” y se le asignó al proceso civil el rol de una suerte de “Cenicienta”, que casi siempre debía conformarse con la mezquindad de una verdad “formal” o “procesal”¹⁴.*

Respecto de la posible vulneración de la garantía de la imparcialidad del juez, se sostiene que es improbable que esto suceda. Dentro de su poder-deber de esclarecer la verdad de los hechos, si despacha pruebas de oficio no sabe a quien beneficia o perjudica, y por lo tanto, se trata de un juez preocupado por la verdad y la justicia y no de un juez devenido en parte. La obsesión de este juez activista es la verdad, sin interesarle a quien beneficie. Al juez le interesa la verdad, la justicia. Las partes son profesionales del propio interés que puede o no coincidir con la justicia, por tal razón el juez se compromete con la búsqueda de la verdad, con independencia del interés de las partes. La disputa se centra en una elección entre verdad jurídica objetiva y las formas procesales. En esta disputa, para que el afianzamiento de la justicia exigido por la

¹⁴ Peyrano, Jorge Walter, “El juez y la búsqueda de la verdad en el proceso civil”, La Ley 2011 – A - 1087.

Constitución Nacional se plasme en la realidad es menester que la elección recaiga sobre la verdad y ese es el norte del activismo.

IV.1.d) Imparcialidad del juzgador: la imparcialidad del juzgador no se ve afectada por el incremento de sus facultades probatorias. Si se afirma que el ideal es el “juez espectador” y cualquier otra solución peca de autoritaria, va de suyo que la posición activista será rotulada como autoritaria y proclive a la parcialidad. Barbiero sostiene que *“De tal modo que no es correcto afirmar- o suponer- que está afectada la imparcialidad porque al tornarse una directiva de oficio el juez se ubica inexorablemente del lado de una de las partes y podría arrastrarlo a un prejuizgamiento. No es fácilmente explicable ni puede colegirse que el juez vaya a saber, anticipadamente cuál será el resultado de la diligencia. Este planteamiento tendiente a exacerbar la garantía de la imparcialidad del juzgador, parte del error dogmático de no distinguir entre objeto del proceso y proceso mismo: si bien respecto del primero el juzgador no puede tener iniciativa alguna; con referencia al proceso, debe atribuírsele con ciertos límites, la posibilidad de actuar ex officio, pues sólo así el proceso se convierte en un instrumento idóneo para alcanzar la efectiva y real tutela por parte del Estado, de los intereses en conflicto. Exacerbando al máximo la garantía sobre la imparcialidad, se olvida que es el instrumento que tiene el juez para que- sin afectar la igualdad y derecho de las partes, pueda cumplir justa y eficazmente con su función. La facultad directiva o iniciativa probatoria, que quede claro, no se aparta del sustrato fáctico arrimado por los litigantes ni se trata de una incorporación sorpresiva de material probatorio autónomo, sino que procura aclarar y elucidar las cuestiones que ya son materia de debate o incluso de prueba incorporada; como se ha dicho: “En los autos hay algún antecedente, alguna presunción, alguna prueba, aunque*

insuficiente, que sirva en el sentido esclarecedor indicado”¹⁵. La posibilidad de parcialidad del juzgador siempre está presente sin recurrir siquiera a estas facultades probatorias. Es una posibilidad que no se incrementa ni se funda en estas potestades probatorias. La sociedad debe confiar en sus jueces y no entender que por despachar una prueba de oficio, el juez perderá su imparcialidad. Taruffo defiende esta posición afirmando que “más en general, sería oportuno hacer claridad sobre la imagen del juez al cual hace referencia. Si se piensa en un “buen” juez capaz de ejercer correcta y racionalmente sus poderes entonces no hay razón alguna para temer que él se haga parcial e incapaz de valorar las pruebas, por el sólo hecho que él mismo hubiera dispuesto o sugerido su adquisición. Sólo si se piensa en un juez incapaz y psíquicamente débil se puede temer que él pierda la propia imparcialidad en el momento en el cual decide sobre la oportunidad que una prueba ulterior venga adquirida, o que no está en grado de establecer si un testigo, por el llamado a declarar es creíble o no, de la misma manera cómo valora la credibilidad de un testigo solicitado por una parte: hipotéticamente pensar que el juez valora un testigo que no es creíble, sólo porque ha dispuesto de oficio la audición, presupone que aquel juez sea considerado “anormal”. Naturalmente existe el riesgo que el juez venga condicionado desde el Early Bias o (Confirmation Bias), o sea desde la inclinación a atender sus propias primeras impresiones sobre los hechos de la causa y a buscar en las pruebas las confirmaciones del propio prejuicio sobrevalorando las pruebas que con ello contrastan. De otro lado, el modo para afrontar esta eventualidad no es ciertamente la exclusión de los poderes de instrucción del juez, dado que ello puede verificarse también cuando el juez no dispone de estos poderes o cuando no los ejercita: puede suceder también que un juez “pasivo” se aficione excesivamente hacia una cierta

¹⁵ Barberio, Sergio José: “La imparcialidad judicial” en “Activismo y Garantismo procesal”. AAVV, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba”, año 2009, pág. 37.

versión de los hechos de la causa, y por ende oriente las propias decisiones sucesivas, incluyendo la decisión final, sobre la hipótesis que tal versión de los hechos sea digna de ser considerada como verdadera. No hay necesidad de alargar argumentos, para demostrar que los remedios contra el pre-juicio del juez son otros y consisten en la plena actuación del contradictorio de las partes, también por obra del mismo juez y en la necesidad que el redacte una motivación analítica y completa, racionalmente estructurada sobre la base de justificaciones controlables, la decisión de los hechos”¹⁶.

En definitiva desde el activismo judicial se defiende las potestades probatorias de los jueces y se relativa la posible imputación de parcialidad por el mero hecho de pretender esclarecer oficiosamente la verdad de los hechos.

IV.1.e) Nuevos principios del derecho: los principios del proceso tradicionalmente basados en el sistema dispositivo resultan modificados por la corriente activista. Sostuve supra que esta última corriente entiende que en el sistema tradicional la tensión formas del proceso- justicia del caso, se resuelve a favor de la preeminencia de la segunda. Por tal razón, puede colegirse que el sistema tradicional beneficia a las partes que dispongan de abogados hábiles.

Estos nuevos principios del derecho se construyen en base al ideario activista, con la firme convicción que el juez director logre enderezar el proceso. Tienen directa relación con la función social del proceso civil que está por encima de mezquindades de las partes y sus abogados. Uno de los nuevos principios es el principio de cooperación procesal, que Peyrano define de la siguiente manera: *“Se trata de un principio que, a diferencia de otros, florece en cargas y en deberes procesales que pesan no sólo sobre las partes, sino también sobre terceros absolutamente ajenos al proceso (penitus extranei). Empero en todos los supuestos su funcionamiento revela que el proceso civil*

¹⁶ Taruffo, Michele; “Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa” La Ley 2010-D-1219.

debe ser considerado como una empresa común cuyo feliz resultado (la asignación adecuada de lo debatido) exige la colaboración de ambas partes y también eventualmente, la de otros sujetos compelidos legalmente a prestar su asistencia para la consecución del mencionado logro”¹⁷.

Las expresiones del principio de cooperación procesal son las siguientes: a) se agota la franquicia que tiene el demandado de negar simplemente los hechos al contestar la demanda. Se exige que tenga una actitud más activa aportando y probando la versión que sostiene, ya que participó de la construcción de la base fáctica¹⁸. b) se meritúa la conducta procesal de las partes, permitiendo extraer prueba de indicios de la conducta desplegada por la parte, todo esto con fundamento en la necesidad de colaborar en la empresa común que es el proceso, en la que se exige un *minimun* y no un *maximun* de colaboración¹⁹. c) en este mismo sentido se afirma “*en lo que a la*

¹⁷ Peyrano Jorge Walter; “El principio de cooperación procesal”. La Ley 2010- A – 1062.

¹⁸ “Pendería, pues, sobre el demandado, que ha participado o tenido necesario conocimiento de los hechos que configuran la base fáctica de la demanda, una imposición procesal con dos facetas: a) el cumplimiento con la carga de afirmación, que se traduciría en proporcionar su versión fáctica acerca de cómo ocurrieron las cosas, la que deberá ser probada en su momento y con las prevenciones correspondientes; b) En caso de que se verificara que se ha incumplido la susodicha carga de afirmación, se considerará al demandado incurso en la violación de un deber procesal de exposición, debiendo reputarse su proceder abusivo y desleal y susceptible de las sanciones y derivaciones correspondientes” Peyrano Jorge Walter; “La contestación de la demanda en la hora actual”, Jurisprudencia Argentina, boletín del 23 de Septiembre de 2009.

¹⁹ “La Corte bonaerense adopta en este punto una interpretación generosa del principio de colaboración procesal, que autoriza a extraer argumentos de prueba frente a una conducta de las partes, reñida con dicho postulado. Si bien esta regla se encuentra expresamente prevista en el orden nacional (Art. 163 inc. 5 in fine del CPCC: “La conducta observada por las partes durante la sustanciación del proceso podrá constituir un elemento de convicción corroborante de las pruebas, para juzgar la procedencia de las respectivas pretensiones”), la misma no ha sido incorporada en el cuerpo adjetivo de la Provincia de Buenos Aires, que sólo mantiene en su artículo 163 inc. 5 la regulación general de las presunciones. De todos modos, la doctrina legal del Máximo Tribunal a la que venimos aludiendo, impone la valoración de tales elementos de convicción, sobre la base de la referida previsión general (art. 163 inc. 5 CPCBA – presunciones-) y del principio de buena fé receptado en el art. 1198 del Cód. Civil. Consideramos que legislar expresamente sobre el punto, como ocurre en el régimen adjetivo nacional, es el mejor camino en la materia, dado que despeja toda duda acerca de la logicidad de la inferencia extraída de la inconducta procesal, como para ser base justificada de una presunción. Es decir, que al preverse expresamente la sanción aplicable al “mal” litigante, el legislador exime al juez de tener que justificar una construcción presuncional de este estilo: Constituye una regla general y comprobada de la experiencia que quien oculta información y no colabora con el conocimiento de la verdad en el proceso (teniendo fácilmente a su disposición los medios para hacerlo) lo hace porque carece de razón y porque de saberse la verdad sería derrotado en el proceso. Es por ello que. Habiendo detectado dicha actitud respecto de la parte demandada, es posible inferir de ese hecho conocido- la ausencia de cooperación- un hecho desconocido: la existencia de los presupuestos fácticos de la pretensión alegados por la contraparte” (v. ampliamente

prueba se refiere, el establecimiento de estos principios consagrados en el proceso civil moderno importa prever normativamente consecuencias probatorias adversas o perjudiciales para la parte que los transgrede. Su formulación positiva postula que las partes deben colaborar para obtener el elemento probatorio para el proceso. Ello implica que la conducta a observar no sea evasiva u obstruccionista, es decir, impeditiva, sino que- por el contrario- debe ser de cooperación para incorporar la prueba. Este principio de lealtad procesal debe ser correlacionado, en lo pertinente, con lo que se ha dado en llamar “el deber de suministrar prueba al adversario”. El brocárdico “Nemo tenetur edere contra se” indica que nadie está obligado a suministrar prueba en su contra. No obstante la ley por un lado y la doctrina y jurisprudencia por el otro, han establecido ciertas cargas que implican producir elementos de convicción favorables a la otra parte (principio de colaboración y solidaridad).

Si bien desde siempre se ha predicado que no existe como regla un deber u obligación de suministrar prueba al adversario o en perjuicio de si mismo, en el moderno proceso civil dispositivo este principio ha perdido el vigor que otrora había conseguido. En ese orden de ideas, se puede afirmar que si bien no podría hablarse de “un deber “ u “obligación procesal” sí correspondería hablar de una carga procesal de colaborar en la producción de la prueba, carga que no apunta a suministrar en realidad prueba en beneficio de la parte contraria o en perjuicio de uno mismo, sino más bien, en miras de una más eficaz realización del derecho, intentándose en todos los

sobre prueba indirecta y el razonamiento inferencial, tema que evidentemente desborda los confines del presente trabajo: Tarufo Michele: *Sutdio sulla rilevanza della prova*, Padova, Cedam 1970, Capítulo III p. 159-230 id. *La prova dei fatti guiridici*, Milano, Guiffre 1992, esp. P. 241-248 y 426-432” Giannini Leandro J.; “Principio de colaboración y carga de la prueba”; la Ley 2010- F-1136.

casos aproximarse lo más posible a develar cómo se sucedieron realmente los hechos alegados por las partes- verdad jurídico objetiva”²⁰.

En definitiva entienden que la vigencia de este principio es importante para conseguir un proceso civil justo, encontrándose tanto las partes como el juez en la misma sintonía respecto de obtener la justicia que el caso exige²¹.

IV.1. f) Pruebas de oficio: la función social del proceso civil exige la figura de un juez comprometido con la sociedad. Resulta irrelevante si se trata de derechos disponibles, o no disponibles. En cualquiera de estos supuestos, conociendo que el proceso tiene asignada una función social, el juez deja su sillón de espectador del proceso para involucrarse en el mismo. El producto del proceso no le llega al juzgador terminado para que él defina cual de las partes resultará vencedora, sino que el juez acompañará a las partes durante todo el proceso y conocerá todos los senderos del mismo. Reconocida la función social del proceso, el proceso asume un nuevo formato con un juez activo, que sólo debe esperar el inicio de la demanda, para poner en marcha

²⁰ Abellaneda Román: “Potestades probatorias de los jueces” Semanario Jurídico, T. 95-2007-A, Pág. 897.

²¹ “La regla que impone probar los hechos en los que se funda la pretensión se vincula en el proceso con otros tres principios que guían la actividad de las partes y del juez (en la terminología de la legislación: dos deberes y un principio). En primer lugar guarda relación con el principio dispositivo en tanto las consecuencias de la negativa deliberada a probar serán perjudiciales no debiendo el juez al sustituir la acción de la parte contra su voluntad, con excepción de los supuestos en donde estuviera involucrado el interés público. En segundo término se vincula con el principio de igualdad formal y material) ya que expresamente se consagra el deber del juez respetar en forma idéntica a ambas partes en el proceso. Tercero: con el principio de colaboración, que permite al juez contrarrestar la desigualdad de oportunidades en materia probatoria frente a desventajas concretas al imponer el deber de esclarecer la verdad de los hechos controvertidos. Deber del juez que, al esta impuesto por la ley, pone sobre aviso a las partes sobre la factibilidad que el juez las reemplace en la producción de la prueba ante una situación de desigualdad que lo justifique. El principio de colaboración ha sido desarrollado por Morello, quien al analizar las ideas dominantes en materia de prueba separa a la que denomina “visión individualista” caracterizada por concentrarse en el interés de la parte y el “replanteo solidarista” que impone tener en cuenta que la finalidad del debido proceso requiere- en el ámbito del esclarecimiento probatorio- la conjugación de la labor de los sujetos procesales a los cuales sin exclusión les incumbe en concreto hacerlo adecuadamente, queremos decir, a través de una actitud útil según sus posibilidades reales de actuación , lo que significa el no incurrir en una posición abusiva por omisión” Oteiza, Eduardo: “El principio de colaboración y los hechos como objeto de la prueba . O probare o soccombere. ¿Es posible plantear un dilema absoluto”, en “Los hechos en el proceso civil”, AAVV pág. 79 , editorial La Ley, año 2003.

la maquinaria estatal²². De esta manera, una vez que el proceso inició su marcha, nada detendrá al juzgador que deberá evitar su paralización (arg. art. 36 CPCN), concentrará y acelerará el proceso, y tiene la obligación y el poder de esclarecer la verdad de los hechos.

IV.1. g) Activismo y pruebas de oficios: en este apartado se hará referencia a los argumentos que sustentan la inclinación del activismo hacia la procedencia de las pruebas de oficio.

El deber de despachar pruebas de oficio no afecta el sistema dispositivo: según los autores de esta corriente, el sistema dispositivo no resulta afectado en modo alguno por los deberes probatorios de los jueces. Se puede decir el proceso ya no es una cuestión entre partes como ocurría años atrás y como tratan de revisar el garantismo o revisionismo. Además de los intereses de las partes en litigio, también entra a tallar el interés público que exige la aplicación de la ley al caso concreto. El proceso civil deja de ser asunto exclusivo de las partes, para entrar a formar parte de lo que se denomina “función social del proceso”.

²² “Si el fin social del proceso es la decisión justa de la litis- como ha sostenido C.A. Díaz- a la comunidad no le resulta indiferente la justicia de las decisiones judiciales, aunque ellas se conformen formal y plenamente con la norma jurídica. En verdad, de lo que se trata es de no frustrar el adecuado y funcional servicio de la justicia que manda afianzar el preámbulo de la Carta Fundamental. No puede configurarse la sentencia justa constitucional si el pronunciamiento llega lastrado de carencias de sustento fáctico, por el desacople con las circunstancias reales de la causa. Y naturalmente, al juez no puede resultarle indiferente el desenlace del juicio porque su neutralidad no le impide querer que su sentencia sea justa, que la victoria sonría al litigante que la merezca. Respetar los hechos- los articulados y conducentes- significa simplemente atenerse con fidelidad a su devenir real, tal como se han exteriorizado en las concretas circunstancias del caso, acertando en el juicio histórico. Si no se reconstruye adecuadamente la realidad fáctica, la subsunción y respuesta jurídicamente inevitable será injusta...Se enfatiza a partir de los valores sustanciales en que se sustentan las garantías constitucionales atinentes a la justicia, los fundamentos éticos del proceso y la transformación evolutiva de una garantía de legalidad procesal (o de justicia formal) emana una más amplia de garantía de justicia sustancial. Desde esta concepción se impone considerar como debido (due) no ya cualquier proceso que se limite a ser extrínseca y formalmente regular, correcto o leal (fair) sino tan sólo a aquel que sea intrínsecamente justo (equo) según los principios éticos – morales comunes, en cuanto se revele jurídicamente capaz de realizar una justicia verdaderamente imparcial, fundada sobre la naturaleza y la razón. Como coronación del proceso, por ende, la sentencia ha de ser la expresión de un resultado decisorio coherente con los valores de la equidad sustancial, intrínsecamente justo” Berizonce, Roberto Omar: “Fin social del proceso y la importancia de los hechos”, Pág. 51 en “Los hechos en el proceso civil”, AAVV Pág. 79, editorial La Ley, año 2003.

Para que se aplique correctamente la ley al caso concreto, será menester que los hechos alegados por las partes y fijados en la sentencia por el juez, sean lo más parecido a lo ocurrido en la realidad. La prueba es el alma del proceso y por lo tanto prescindir de la posibilidad que el Estado obtenga pruebas, es condenar al mismo al interés o diligencia de las partes o de sus abogados.

Sobre la supuesta incompatibilidad entre el derecho de las partes a probar y la iniciativa probatoria de oficio: desde el activismo se sostiene que el derecho procesal garantiza a los justiciables la oportunidad y el derecho de ofrecer y disponer de todos los elementos probatorios a su alcance.

Con la redacción del artículo 36 del CPCN en modo alguno se le prohíbe a las partes la posibilidad de ofrecer y diligenciar toda la prueba que requieran. Al contrario eventualmente refuerzan su derecho a la obtención de las pruebas al obligar al juzgador a ofrecer y producir prueba. Las partes tienen derecho a probar y eso lo garantiza la Constitución Nacional y la ley procesal de la nación. Que las partes tengan derecho no implica que el Estado no tenga también derechos a ofrecer y producir pruebas. Si el fin del proceso es lograr una sentencia justa, con base en la verdad jurídica objetiva, la producción de una profusa prueba con más actores obligados a producirlas es una garantía más para el justiciable. No existe incompatibilidad entre la iniciativa ex officio y la iniciativa probatoria de las partes. Las partes no son las dueñas del proceso, como se sugiere desde el derecho procesal liberal. Como no son las dueñas, no monopolizan la actividad probatoria ni mucho menos. Si la búsqueda de las partes es la verdad jurídica objetiva, no debería molestarle la ingerencia de un tercer actor en la producción de la prueba. Diferente sería el caso si el Estado a través del juez monopolizara la actividad probatoria e impidiera la producción de prueba por las partes.

Asimismo el sistema dispositivo no pierde vigencia toda vez que no se altera el “ne precedat iudex ex officio” y las partes se encuentran facultadas para controlar y garantizar la producción de la prueba.

El derecho de defensa de las partes como límites de los deberes probatorios de los jueces: el artículo 36 del CPCN establece el límite del deber probatorio de los jueces en el derecho de defensa de las partes. Este derecho de defensa no se vería afectado si las pruebas de oficio respetaran los siguientes requisitos: a) las pruebas de oficio deben ser libradas para esclarecer la verdad y no para investigar: dentro del activismo hay diferentes opiniones, para algunos la permisión del ordenamiento procesal para que el juez despache pruebas de oficio, opera únicamente en caso de duda del juzgador. Se libran a los fines que se esclarezcan los hechos. Por lo tanto el juez, no puede investigar ni inquirir. Si bien excede la verificación o confirmación propia del modelo garantista, tampoco llega al extremo de la actividad investigativa propia del inquisitivo, motivada por la curiosidad del juez. Desde una primera posición, podría afirmarse que la prueba de oficio procede siempre que el juez tenga dudas sobre los hechos alegados y acreditados en el expediente. De esta manera no existiría mella alguna en el derecho de igualdad procesal de las partes, toda vez que la prueba de oficio se libró únicamente a los fines de esclarecer la verdad de los hechos y sin impedimento alguno del derecho de las partes de ofrecer prueba. Este límite funcionaría en la versión débil del activismo, dado que exige la existencia de dudas en el juzgador a los fines de expedir prueba de oficio. Pero no dudas respecto del caso en sí, sino dudas respecto del material probatorio allegado por las partes. En esta versión débil del activismo, en consecuencia, se exige la diligencia de las partes a la hora de producir prueba. En caso de negligencia probatoria, el juez estaría en condiciones de fallar de acuerdo a las reglas de la carga de

la prueba. En este caso, despachar pruebas de oficio sería un abuso de las potestades probatorias de los jueces.

Esta versión atenuada del activismo judicial sostiene que en caso de inexistencia de prueba, el juez no se encuentra obligado a librar prueba de oficio, dado que la finalidad esclarecedora de las mismas, complementan los principios de la distribución de la carga probatoria, pero no lo sustituye. En caso de inexistencia de prueba diligenciada en el expediente, el juzgador fallará de acuerdo a las reglas de la carga de la prueba. Estos límites se exigen en la versión débil. En la versión fuerte del activismo este límite no existe, puesto que tal como se indicó supra el juzgador se encuentra obligado a despachar prueba de oficio en caso de negligencia de las partes. Es decir que puede hacerlo aún en caso de desidia o desinterés de la parte. Según esta versión escudarse en las reglas probatorias de las partes no es una manera de ejercer la magistratura. Si los hechos están controvertidos, pesa sobre el juez la obligación de despachar pruebas de oficio. b) recurribilidad de las pruebas de oficio: en un principio se consignó que siendo las pruebas de oficio una potestad discrecional y excluyente del órgano judicial, al despacho de medidas probatorias de oficio no es posible impugnarlas.

Actualmente algún sector de la doctrina sostiene que si se habla de límites a las potestades probatorias, se tiene que hablar necesariamente de recurribilidad del despacho oficioso. Claro que para que resulten recurribles estas medidas probatorias de oficio, es menester que se trate de la versión débil del activismo, la que sostiene que se encuentra limitado el juez para ejercer sus deberes esclarecedores si las partes no se preocuparon por la prueba. Un motivo de impugnación sería justamente el despacho oficioso aún en caso de negligencia de las partes. Atento lo prescripto por el artículo 379 del CPCCN el único recurso que puede interponerse contra una resolución disponga

la producción, denegación o sustanciación de prueba es el recurso de reposición, dado que veda la interposición del recurso de apelación.

IV. 1. h) Conclusión: el modelo que propone el activismo judicial es el siguiente:

Un sistema con un juez fuerte, con deber de investigar y esclarecer los hechos. Priorizar la verdad jurídica objetiva sobre una verdad convencional, obtenida en base a ficciones. El juez debe investigar en pos de lograr la verdad real, los hechos tal como acontecieron.

Priorizar la justicia material sobre la justicia formal: la justicia material es lo que le interesa a este sistema. La sentencia como producto de un juego de ficciones es un fin que el Estado no persigue. El Estado tiene como meta afianzar la justicia. Este fin no se logra mediante la renuncia consciente a la verdad jurídica objetiva ni la justicia material. El juzgador no puede permanecer impasible ante la demostración de arterías y deslealtades de las partes. Este juez director, base del activismo, además de sancionar enérgicamente a la parte desleal, se inmiscuirá en el material fáctico, tratando de encontrar la justicia material del caso.

IV.2 Garantismo Procesal: el garantismo es una corriente doctrinaria relativamente reciente, que toma su nombre del subtítulo de la obra “Derecho y Razón” de Luigi Ferrajoli²³.

Esta corriente se inspira en el modelo tradicional de proceso civil, con claros rasgos dispositivos y correlativo respeto por las garantías procesales. Esta inspiración

²³ “La voz garantista o su sucedáneo garantizador proviene del subtítulo que Luigi Ferrajoli puso a su magnífica obra Derecho y Razón y quiere significar que, por encima de la ley con minúscula está siempre la ley con mayúscula (la Constitución) en otras palabras: guarda adecuado respeto a la gradación de la pirámide jurídica” Alvarado Velloso, Adolfo: “El garantismo procesal”, Revista Jurídica “La Ley”, miércoles 15 de Diciembre de 2010, Pág. 2.

les ha valido la calificación de “revisiónistas” lo que ha motivado encendidas discusiones en Italia²⁴.

Los principales argumentos del garantismo se centran en la defensa del sistema dispositivo tradicional, aggiornato con nuevos fundamentos constitucionales. Según esta corriente, el sistema dispositivo es compatible con la Constitución Nacional y con un sistema democrático. Las principales preocupaciones son las siguientes: igualdad procesal, juez imparcial y reglas del juego claras.

Por lo tanto, seguidamente esbozaré los principales argumentos de esta corriente. Antes de continuar con el desarrollo, repito lo que ya exprese respecto del activismo. Estos argumentos o principios que le atribuyo al garantismo, no significa que el activismo no los detente. Ningún operador jurídico puede desatender la igualdad procesal o proponer un sistema que sacrifique la imparcialidad del juzgador. Ambos sistemas pregonan lo mismo, salvo que en algunos se han acentuado algunos rasgos que son útiles para su distinción.

IV.2. a) Crítica a la publicización del proceso civil: desde el garantismo se critica la publicización del proceso civil, por considerar que desde esta teoría se busca

²⁴ “El término revisionista ha sido usado por primera vez por un estudioso italiano, cuya militancia política es muy conocida. Aquel tiene, ante un todo un significado claramente despectivo en relación a aquellas personas que son así definidas exclusivamente por las opiniones que profesan. Prueba de ello es que recientemente el mismo estudioso ha aclarado en modo todavía más explícito el sentido con estas textuales palabras: “cultura revisionista, nostálgica de antiguas disciplinas vetusto liberales.... Además no se puede olvidar en particular atendiendo al legado político cultural de quienes consiente tal lenguaje que hasta hace poco tiempo atrás justamente en aquellos estados totalitarios, que despertaban su convencida adhesión, el revisionismo era considerado una culpa y una acusación tan grave, como para poder conducir a la supresión física o a la segregación de los culpables de opiniones llamadas revisionistas y nostálgicas de viejas disciplinas vetusto liberales...Aclarando esto, parece paradójico e inaceptable por su evidente falta de fundamento la pretensión de acusar precisamente a los revisionistas de haber politizado la disputa sobre el proceso civil, de cultivar ideologías extremistas y de descalificar personalmente a quien no comparte sus mismas ideas. Es realmente el colmo querer invertir los papeles transformando a los acusados y perseguidos en perseguidores y extremistas políticos: ¡parece que estamos releendo la versión procesal de la antigua fábula del lobo y del cordero! Por lo demás, también los números deponen en el sentido aquí expuesto: no puede seriamente pensarse que unos pocos procesalistas en el mundo entero puedan marginar al nutrido grupo de adoradores del proceso civil autoritario. La historia y la evidencia enseñan que ha ocurrido y ocurre, precisamente lo contrario” Girolamo Monteleone, “Proceso civil e ideología” AAVV, Pág. 177, editorial Tirant Lo Blanch , Valencia 2006.

someter a los justiciables y a sus derechos sustanciales y procesales a la supremacía del juez.

Se sostiene que el argumento del activismo es incoherente, dado que en el proceso civil se ventilan derechos disponibles por las partes y por lo tanto, si los mismos resultan disponibles, el Estado no debería inmiscuirse.

Según el activismo, el poder y la autoridad del Estado no deben permanecer indiferente en el proceso y debe expresarse. El garantismo sostiene que el respeto a las garantías procesales y el crecimiento de incisivos poderes judiciales resultan inconciliables. Por lo tanto, la atribución al juez civil de la obligación de despachar pruebas de oficio, y la imposición a las partes del deber de probidad y de lealtad procesal, conspira contra las garantías constitucionales de igualdad ante la ley e imparcialidad del juzgador. El proceso civil es de las partes y para las partes, siendo el juez un tercero imparcial, imparcial e independiente. Girolamo Monteleone en esta misma tendencia sostiene que *“Es finalmente, una absurda distorsión construir el proceso en función del juez considerando, explícita o implícitamente, a las partes y a sus abogados como si fueran unos reos a someter a un control paternalístico y a vincular a la observancia de un abstracto y genérico deber de lealtad y probidad. Las partes y los abogados no son seres malignos y diabólicos, que van a juicio para engañar a los magistrados y al adversario, sino los titulares de las posiciones jurídicas sustanciales de las cuales piden su declaración y aspiran, como todos a la justicia. Por tanto, ha sido observado exactamente que construir el proceso en función del juez y/ o del Estado, no del ciudadano que pide justicia, es como construir un hospital no para curar a los enfermos sino en función del médico y de su personal interés”*²⁵.

²⁵ Girolamo Monteleone: “El actual debate sobre las “orientaciones publicísticas” del proceso civil” en “El debido proceso”, Editorial Ediar, Buenos Aires, año 2006, pág. 243.

Desde el garantismo se rechazan las ideas activistas por constituir un instrumento de justicia autoritaria. El fundamento primero de esta crítica que se profundizará infra es el siguiente: la publicización comenzó con el reglamento de Klein en 1895 y se aplicó en el “codice di procedura civile italiano de 1940”. Dicho código procesal fue promulgado en 1940 en plena Italia fascista razón por la cual, algunos autores del garantismo entienden que necesariamente debe tener una ideología a tono con sus circunstancias de tiempo y lugar. De esta manera y siguiendo la idea de Monteleone, el cuerpo legal fue redactado a medida del juez. Sostienen que esa coincidencia no es casual y que *“desde esta perspectiva fundamental cuando se abrieran luego las páginas del Código y se leyeran, bien en las iniciales la Relazione que lo encabeza, bien en las finales del índice sistemático que lo concluye, la preopinión basada en la experiencia se confirmaría en el hecho concreto. No hace falta repetir frases y párrafos de esa Relazione para insistir en lo obvio pero sí puede ser conveniente destacar que el Índice demuestra sin más que el proceso civil que regula se contempla en la norma desde la perspectiva del juez que otorga la tutela judicial, no desde la del ciudadano que la pide y por eso el Libro Primero de las disposiciones generales, se inicia con el juez, se sigue con el personal del órgano judicial, se continúa con el ministerio público, para llegar a las partes y aún después se atiende a los poderes del juez. Por el contrario, un código predominantemente liberal como el español, sin perjuicio de algunos artículos previos, se inicia con las partes y sólo en segundo lugar se atiende al juez”*²⁶.

En definitiva, más allá de aspectos ideológicos, la crítica es la siguiente: en el proceso civil se ventilan intereses privados de las partes y por lo tanto, tratándose de cuestiones disponibles por ellas, el Estado debe permanecer ajeno a la suerte del mismo.

²⁶ Montero Aroca, Juan: “El proceso civil llamado social como instrumento de justicia autoritaria” en “Proceso Civil e Ideología” AAVV, Editorial Tirant, Valencia, año 2006, pág. 135.

IV.2.b) Igualdad procesal: uno de los principales argumentos del garantismo o revisionismo, es el siguiente: el sistema dispositivo en su versión pura, consagra la igualdad procesal, mientras que el sistema inquisitivo base del activismo es desigual es desigual por naturaleza.

Al garantismo no le convence la idea de un sistema ideal de proceso civil en el que el juez se encargue de cuestiones atinentes a las partes: iniciar el proceso, impulsar el mismo, aportar y producir prueba, y que aún así se entienda que la igualdad procesal no resulte violentada. Al garantismo le interesa la justicia del caso, pero siempre que se respete la garantía constitucional de igualdad ante la ley. Un proceso no es ideal si las partes disponen de diferentes oportunidades de audiencia y prueba. Este principio de igualdad procesal tiene consecuencias claras en la regla de la bilateralidad: las partes tienen que tener igual trato por parte del juez en el proceso. Sostiene esta corriente que una diferencia de trato ostensible son las pruebas de oficio, que suponen un ejercicio de actos de parte del tribunal que viola el principio de igualdad procesal.

El principio de igualdad supone que los contendientes en el proceso conozcan de antemano las reglas del juego y en tal razón pueden pronosticar un resultado. Si se pretende aminorar el grado de litigiosidad en los procesos civiles es menester que los operadores jurídicos, los abogados se encuentren en condiciones de conocer racionalmente el desarrollo del proceso, y de esta manera conocer el momento en que un proceso civil debe ser transigido. Es decir, si la parte conoce cuáles son sus potencias y debilidades, es posible que el abogado marque una estrategia clara para obtener un resultado. Ahora, si el proceso civil no garantiza igualdad de trato y la propia ley habilita al juez, ese tercero neutral, imparcial, imparcial e independiente, a modificar las reglas del juego, el acuerdo extra o intrajudicial será difícil de obtener. La igualdad procesal, requiere de reglas de juego claro, con un juez imparcial, imparcial e

independiente que respete el rumbo del proceso. El garantismo rechaza el modelo de juez director. También rechaza la idea de un juez obligado por la ley a esclarecer la verdad de los hechos (Arg. Art. 36 CPCN). Entiende que este juzgador al despachar pruebas de oficio, al coleccionar la prueba, influye en el proceso de una manera no permitida ni compatible con el Estado constitucional de derecho. Esta mera influencia aún involuntaria, modifica el fiel de la balanza a favor de una de las partes. Pero allí no termina la transgresión al principio de igualdad. El juzgador no es un observador externo en el proceso, es un participante más del juego. De una manera u otra, pone su pasión y su intelecto al servicio de buscar la verdad, pero en este sentido se entiende que apenas comenzado el juego, el juez intuye la verdad y luego mediante el despacho de pruebas de oficio, va tratando de confirmar su intuición. Por lo tanto afirman que el despacho de medidas probatorias por parte del juzgador impacta negativamente en la idea de imparcialidad del mismo. El juez al instruir la prueba es posible que se le dificulte mantener la objetividad.

Por tal razón desde el punto de vista del garantismo, se puede concluir que se viola el principio de igualdad por las siguientes razones a) las reglas probatorias del sistema que propone el activismo son elásticas y abiertas. Este sistema probatorio puede beneficiar a alguna de las partes, con mella en el principio de igualdad. b) el solo hecho de despachar pruebas de oficio, ya importa una desigualdad para la parte diligente que ofreció prueba, un castigo por su eficiencia y un premio a la inoperancia de la contraria. c) el juez al intervenir con funciones de parte y advertir el esfuerzo sufrido en obtener una prueba, no se encuentra en condiciones anímicas de ser objetivo. d) los poderes deberes son discrecionales, y es el mayor fracaso de este sistema.

IV.2.c) Imparcialidad del juzgador: uno de los pilares del garantismo es la imparcialidad del juzgador. Va de suyo que este requisito debería ser un requisito sine qua non del debido proceso.

El debido proceso se conforma con dos partes antagónicas en igualdad de condiciones y un tercero que juzga imparcial, imparcial e independiente. Esta obviedad sin embargo es posible que se desdibuje en un sistema inquisitivo, en el cual el juzgador se encuentra obligado a averiguar la verdad. Por tal razón el garantismo sostiene que el debido proceso resulta compatible con el sistema dispositivo y el activismo con el sistema inquisitivo. El juez debe ser imparcial y también parecerlo, por lo tanto, no debe bajo ningún aspecto realizar tareas que pongan en riesgo ese requisito esencial de la función judicial. Por ello la principal crítica que le formulan al activismo es que mediante sus institutos perjudican el principio de imparcialidad.

IV.2.d) Concepción unitaria del derecho procesal: Omar A. Benabentos construye desde el garantismo su teoría general unitaria del derecho procesal. En la misma enuncia cuales son las garantías que debe contener un proceso civil de corte garantista. Las mismas son las siguientes: el proceso civil y el penal contienen las mismas garantías y tanto al imputado como al demandado, gozan de un estado de inocencia, hasta tanto no se demuestre lo contrario, actividad probatoria que corresponde efectúe la parte en el proceso civil y el Ministerio Público en el proceso penal. En ambos procesos se exige la existencia de juicio previo, con igualdad de armas entre los contendientes, lo que supone una situación de equilibrio con su contraparte. Exigen de un juicio previo con las máximas garantías, con juez natural y que reúna los requisitos de imparcial, imparcial e independiente. Sostienen la idea que el juez que reúna estos requisitos debe prescindir del uso de facultades o poderes de oficio. En

definitiva, entiende que el sistema de procesamiento debe ajustarse al sistema acusatorio o dispositivo²⁷.

IV.2.e) La ideología autoritaria de las leyes procesales que le acuerdan deberes instructorios al juez: el garantismo sostiene que el activismo judicial registra una base autoritaria. El fundamento de este autoritarismo es el siguiente: el Código Procesal Civil de la Nación y todos los códigos procesales que le conceden deberes instructorios al juzgador provienen del Código Procesal Italiano de 1940, promulgado durante el gobierno fascista de Benito Mussolini. Esta postura la sostienen algunos de los mayores exponentes del garantismo: Adolfo Alvarado Velloso, Juan Montero Aroca y el ya fallecido Franco Cipriani.

²⁷ “El imputado y el demandado gozan, como se vio, de un “estado de inocencia”. Ese “estado de inocencia” proyecta la misma garantía para el proceso civil- especialmente en procesos de conocimientos decir cuando el demandado debe enfrentarse a un afirmado derecho sustancial violado (que invoca el actor) y que hasta su efectivo reconocimiento jurisdiccional no autoriza a presumir ese derecho ha sido agredido por el accionado...b) el imputado no puede ser condenado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso. al imputado, como al demandado se le debe garantizar “su día ante el tribunal” como poéticamente definiera Eduardo Couture, la garantía de la defensa en juicio. Y ese “día ante el tribunal” supone otorgar igualdad de armas, es decir una situación de equilibrio con su contendiente... Por lo tanto no se cumple con el mandato constitucional del “debido proceso” si no se le otorga al demandado los plazos y formalidades que otorgan los códigos procesales para los juicios de conocimiento amplio...c) El imputado y el demandado tienen derecho a ser juzgado por el juez que naturalmente es designado para entender en la acusación o en la demanda que se le promueve. D) el imputado y el demandado tienen el derecho constitucional de contar con un juez que sea “imparcial”, “imparcial” e “independiente”. Ya anticipaba que el procesalismo penal inscrito en la línea garantista mira al órgano jurisdiccional, como lo que es: un poder del estado y su preocupación se centra en el mantenimiento – a todo trance- de esa imparcialidad que se debe al justiciable. Por tanto, mira negativamente (como no puede ser de otra forma) el uso de facultades o poderes de oficio para investigar y confirmar la “verdad real” de los hechos afirmados (y esto vale para el proceso civil o penal” Benabentos Omar A. “Teoría general unitaria del derecho procesal”. Editorial Juris. Año 2001, página 225.

En este mi sentido Sagües comenta esta concepción unitaria de la siguiente manera: “Una concepción unitaria básica del proceso, en instituciones trascendentes como acción, proceso, jurisdicción, instancias, procedimientos, actividad confirmatoria y recursiva, lo que implica de algún modo transportar al ámbito civil ciertas líneas fundamentales del actual proceso penal, entendido éste, por muchos, no como un dispositivo orientado hacia la búsqueda de la “verdad material”, real u objetiva, sino de (en el mejor de los casos) la verdad procesal. Además, la evolución habida en el proceso penal, esto es, de modo especial, el abandono del principio inquisitivo (de amplias facultades y deberes para el juez) por el acusatorio (régimen deo el protagonismo procesal vuelve a estar en manos de la fiscalía y la defensa) viene a impactar decisivamente en la esfera del proceso civil y debe suscitar mutaciones parecidas. Para las posiciones garantistas, el juez Hércules es un resabio de doctrinas autoritarias e inquisitoriales, y hasta el juez instructor penal tradicional, un juez sospechado de inconstitucionalidad” Ságües Nestor Pedro: “Activismo versus Garantismo. A propósito de la producción de pruebas y medidas precautorias de oficio en la acción de amparo ambiental” Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM.

Alvarado Velloso con más de tres décadas en el poder judicial en el cual se autodefinió como “un juez autoritario”, una vez que se retira de la magistratura y comienza a ejercer la profesión de abogado liberal, modifica su postura y se convirtió en el más conocido teórico del garantismo en Argentina²⁸. El citado autor sostiene que el activismo judicial nace con la ordenanza austríaca de 1895 en la cual Franz Klein, a la sazón guardasellos de Francisco José I, quien pretendió endurecer el control sobre las masas, tanto con el ejército como con los jueces. Afirma Alvarado Velloso lo siguiente: *“De tal forma, por una simple ley que cambió autoritariamente el mundo conocido- a voluntad de un solitario legislador- el proceso pasó de ser un método pacífico de debate entre particulares a un instituto de derecho público en el cual estaba involucrado algo más importante que el interés de las partes: los más altos valores sociales aún con desmedro de la libertad individual en aras del beneficio del Estado. Con el método así concebido se esperaba generar un nuevo proceso en el cual jueces, abogados y partes colaboraban solidaria y activamente en la búsqueda de la verdad y en la formación de una decisión justa..., por cierto, todo terminó con la vigencia de la ley- hasta hoy- y, así, se entronizó la figura del juez director (que en verdad encubría a un auténtico dictador) que podría hacer lo que quería la tramitar un proceso en aras de*

²⁸ “Hasta el año 1983, y consciente de que nadie en Latinoamérica estaba conforme con su justicia, apoyé decididamente sucesivas modificaciones legislativas que, a la postre, resultaron ser siempre más de lo mismo: Otorgar mayores poderes a los jueces e implicarlos espiritualmente en la solución de todos los asuntos en los cuales intervendrían, aumentar las tareas que debían cumplir en forma personal, restringir cada vez más las defensas de los derechos de los particulares, reducir a términos insospechados los plazos procesales para las partes litigantes, hacer más angustiosa la labor abogadil, prohijar más y más creaciones procedimentales que terminaron por convertirse en verdaderas trampas para los litigantes, etcétera, etcétera. A partir de 1983 –ya retirado del Poder Judicial cuyas filas integré durante exactos treinta y cinco años- descubrí desde el ejercicio de la profesión de abogado que la verdadera razón de tanta recurrente ineficacia no se encontraba en los operadores del derecho, ni en el siempre escaso número de jueces, ni en los meandros procedimentales, sino en el sistema mismo de enjuiciamiento: el inquisitivo adoptado en todas partes, aún a riesgo de incongruencia legislativa con el régimen constitucional. Desde entonces defendí soluciones diferentes y antagónicas con el régimen constitucional. Desde entonces defendí soluciones diferentes y antagónicas con las que había sostenido poco tiempo antes, procurando la existencia de una relación lógico y coherente entre el texto de la Constitución y el de la ley, Alvarado Velloso, Adolfo: “La imparcialidad judicial y el sistema inquisitivo de juzgamiento”, texto base de la ponencia presentada al XXVI Congreso Nacional Colombiano de derecho Procesal (Bogotá, septiembre de 2005).

buscar la verdad real para lograr hacer justicia en el caso concreto, pero, en esencia, comprometido con los fines políticos del régimen que representaba, a la luz de cuyos principios actuaba e interpretaba los hechos y juzgaba las conductas”²⁹.

Pues bien, según el maestro rosarino, esta ley inspiró la ordenanza alemana de 1937 y el Código Italiano de 1940. En la exposición de motivos del proyecto de 1940, conocido como la Relación Grandi (obra del ministro de justicia de Mussolini, Dino Grandi), es posible reconocer el origen de la legislación procesal de la Nación. En la misma se propugnaba el crecimiento de las facultades del juez, entre las cuales se encuentran las facultades de dirección del proceso e investigación de la verdad de los hechos. La “Relación Grandi” dispuso que: *“Es necesario por lo tanto que el juez tenga una dirección determinada del proceso, una posición prominente y reguladora... La primera clase de consideraciones conduce a esta conclusión: que también en el proceso civil el juez debe tener a su alcance, en todos los casos, los poderes indispensables para administrar la justicia de manera activa, rápida y proficua. Aún si la controversia atañe a relaciones de derechos privados, que las partes hubieran podido disponer libremente prescindiendo del proceso, ello no quiere significar que el proceso, una vez iniciado, deba considerarse como asunto privado, cuyos destinos pueden dejarse librados al interés individual de los litigantes... También en los juicios sobre temas de derecho privado entra en juego, al requerirse la intervención del juez, ese interés eminentemente público que es la justa y solícita aplicación de la ley al caso concreto; no debe entonces permitirse que los particulares invoquen la justicia y la utilicen para fines contrastantes con la misma y tampoco que abrumen a los tribunales con sus fintas dilatorias que el juez ha de presenciar inerta hasta tanto así lo quieran los litigantes. Aun si la relación debatido es de puro derecho privado, el juez ha de estar proveído de*

²⁹ Alvarado Velloso, Adolfo: “Los sistemas procesales” en “El debido Proceso” Editorial Ediar, año 2006, pág. 28.

*los poderes de orden y de disciplina indispensables para que el proceso no se paralice y no se desvíe; debe ser su director y el propulsor vigilante, solícito y sagaz. Las partes son libres de fijar el thema decidendum pero corresponde al juez regular los medios y el ritmo para decidir rápidamente y bien la cuestión planteada*³⁰. Con algunas diferencias Juan Montero Aroca³¹ y Franco Cipriani, tildan al activismo judicial como autoritario, dada la ideología de la ordenanza de Klein y del Código Procesal Italiano de 1940.

V.MI OPINIÓN

En mi opinión, las pruebas de oficio resultan improcedentes por violar los principios de igualdad ante la ley e imparcialidad del juzgador³². Resultan improcedentes ambas versiones del activismo. También descarto la versión fuerte del garantismo, proponiendo una solución alternativa cercana a la versión débil de esta corriente doctrinaria.

Conforme a mi opinión, las pruebas de oficio no se corresponden con la idea de debido proceso. El principal escollo para su procedencia es una clara afectación al

³⁰ Fragmento de la Relación Grandi, citado por Adolfo Alvarado Velloso, en su artículo “Los sistemas procesales”, en “El Debido Proceso”, Editorial Ediar, año 2006, pág. 32.

³¹ “Lo que debe entenderse es que las repetidas alusiones a que el proceso es un medio para que las partes y sus abogados colaboren con el juez en la obtención de lo más justo, en el descubrimiento de la verdad o de la justicia material, sólo se comprenden en un contexto ideológico que parte de dar como sobreentendido que los ciudadanos no tienen derecho a pelear por lo que crean que es suyo y a hacerlo con todas las armas que les proporciona el ordenamiento jurídico. Sólo el juez autoritario, fascista o comunista, lo mismo da, es el juez que se cree ungido, por no se sabe muy bien que fuerza de la divinidad o del destino, para hacer justicia entre los hombres. El juez liberal y garantista se limita, más modestamente, a pretender hacer efectivo el derecho positivo entre los ciudadanos, a aplicar la ley, entendida ésta como expresión de la voluntad popular democráticamente expresada por sus representantes en el parlamento” Juan Montero Aroca. “Los Principios políticos de la nueva ley de enjuiciamiento civil. Los poderes del juez y la oralidad”. Editorial Tirant Lo Blanch Alternativa, 2001, página 108.

³² Fundamento constitucional: Se debe tener en cuenta que la garantía del juez imparcial se encuentra reconocida dentro de los derechos implícitos del artículo 33 de la Constitución Nacional. Deriva de las garantías de debido proceso y del derecho de defensa en juicio plasmadas en el artículo 18 de la Constitución Nacional y consagrada expresamente en los artículos que a continuación se enuncian: 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (integran el bloque de constitucionalidad federal en virtud de la incorporación expresa que efectúa el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional).

principio de imparcialidad del juzgador. A falta de este sólo requisito, no existe debido proceso. Claro que no es el único requisito, pero es tal vez el más importante. La misma suerte corren los diferentes institutos y principios del activismo judicial que de alguna manera conspiran contra la idea de debido proceso.

Aún así, se reconoce que el activismo con su creatividad ha puesto en jaque al sistema procesal liberal con sus novedosos- o no, según el punto de mira- institutos que ya merecieron recepción legislativa en la mayoría de los Códigos Procesales Civiles de Argentina y del mundo.

El garantismo ha elevado su voz en defensa del sistema liberal, pero no ha propuesto ninguna solución original al embate activista. Su propuesta es mantener el sistema dispositivo, enfatizando el espíritu privatista del proceso civil. ¿Es susceptible de crítica la posición garantista?. Entiendo que es una postura lógica y respetable. Pero también es verdad que la publicización del proceso civil sigue avanzando y por tal razón se deberían proponer fórmulas a los fines de contrarrestar las soluciones activistas, las que deberán exceder la mera crítica.

Las razones por las cuales se rechazan las pruebas de oficio son las siguientes:

V.1. Violación del principio de imparcialidad. Imparcialidad objetiva y subjetiva: la imparcialidad es posible analizarla desde dos perspectivas diferentes. Por una parte la imparcialidad subjetiva que es aquella que atañe a cuestiones subjetivas de los jueces, y que corrientemente integran el elenco de causales de excusación y recusación de los magistrados, presente en la totalidad de los códigos procesales civiles. Por otra parte, se encuentra la imparcialidad objetiva. Esta imparcialidad objetiva depende de la ubicación institucional del juez, de sus deberes y obligaciones y de la manera en que aparece frente al justiciable. Para que esta imparcialidad objetiva se plasme *“hay que lograr la imparcialidad intrajuicio, lo que significa, desde lo objetivo,*

que el órgano que va a juzgar no se encuentre comprometido por sus tareas y funciones ni con las partes (imparcialidad) ni con los intereses de las partes (imparcialidad). De esta forma se va a lograr entonces el famoso triángulo de virtudes del órgano jurisdiccional que son imparcialidad, imparcialidad e independencia³³”.

El debido proceso incluye necesariamente los siguientes elementos: dos partes antagónicas y un tercero neutral, imparcial, imparcial e independiente. Si la posición del juez en el proceso lo obliga a perder su sitial de tercero neutral, afecta la denominada imparcialidad objetiva. La mera sospecha de parcialidad del juez es suficiente para malograr la idea de debido proceso.

El diseño legal que propone el CPCN con las obligaciones que pesan sobre el juez de esclarecer la verdad de los hechos invocados por las partes -hechos que corresponde acreditar a las mismas- lo aleja del concepto de imparcialidad. La imparcialidad objetiva exige que el juzgador exhiba en su conducta, durante el proceso, actitudes o sospechas suficientes de imparcialidad.

Parcialidad del juez instructor: el juez instructor es el que presidía el proceso penal mixto inquisitivo, el mismo que rigió en la Provincia de Córdoba hasta que fué reemplazado por el código procesal penal vigente, fundado en el sistema acusatorio.

El viejo código procesal penal cordobés contenía la figura del juez instructor. Era el juez que instruía la causa, dictaba peticiones en su contra y luego de procesar la causa, procedía a juzgar. De alguna manera era juez y parte y por tal razón se suprimió el modelo mixto inquisitivo acusatorio, y se lo reemplazó por el sistema acusatorio, porque violaba la imparcialidad objetiva³⁴. En el proceso penal la cuestión se resuelve

³³ Superti Héctor Carlos: “La garantía constitucional del juez imparcial” en “El debido proceso”, Editorial Ediar, año 2006, pág. 344.

³⁴ “La imparcialidad tiene dos aspectos. Uno es el personal... Otro aspecto es el funcional y está relacionado con la actitud que las leyes le asignan o permiten al tribunal frente a los intereses en conflicto sometidos a su decisión, punto que ha sido descuidado hasta hace poco tiempo, por obra de la siguiente simplificación conceptual: Hasta ahora se sostuvo que la imparcialidad funcional quedaba

mediante la prohibición de las pruebas de oficio, dado que el sistema que lo rige es el acusatorio.

En el proceso civil de la Nación, salvando alguna distancia ocurre lo mismo: el juez despacha pruebas de oficio, que de alguna manera perjudicará a alguna de las partes. Claro que estas pruebas no las libra sin razón alguna, sino que previo a su dictado tuvo alguna intuición, algún razonamiento que lo inclinó a desarrollar esa conducta. Luego de haber producido la prueba, tiene que juzgar el caso. Si el juez libró la prueba de oficio, eventualmente rechazó algún recurso en contra de dicha prueba, o realizó otros actos procesales, ya no se encuentra en condiciones de dictar una sentencia propia de un juez imparcial.

El juez civil al instruir la causa, va construyendo diversas hipótesis que autorizan el despacho probatorio de oficio. Pues bien, esta mera hipótesis ya denota el prejuicio sobre el tema a decidir. Este prejuicio es natural y hasta razonable, y no surge por algún defecto atribuible al juez sino al propio sistema. Cualquiera que construye

suficientemente asegurada con la regla *no procedat iudex ex officio*, ella exige que no se atribuyan a un mismo órgano dos funciones diferentes, la de deducir la pretensión jurídica penal y la de juzgar después acerca de su fundamento. Salvado este obstáculo, no se formulaban objeciones a que la investigación preliminar estuviera- como regla general. totalmente en manos de un juez y a que se acordaran generosas atribuciones probatorias autónomas al tribunal de juicio con prescindencia de la voluntad del Ministerio Público Fiscal, de la del acusado (y aún en contra de ella). Esta posición considera que los riesgos de parcialidad del tribunal se neutralizan sólo con prohibir iniciar *ex officio* la instrucción o el juicio, exigiendo en cambio que sean requeridos por el ministerio público fiscal. Pero no teme que la acumulación y juzgamiento en un mismo órgano jurisdiccional se verá afectada, no sólo cuando pueda comenzar por sí mismo el proceso, afirmando una hipótesis delictiva sobre la que luego deberá investigar y juzgar (lo que se evita a poner a cargo del MPF la iniciación del proceso y la acusación previa al juicio) sino también cuando se le permite (o se le impone la obligación de investigar o incorporar pruebas de oficio para procurar, por si mismo, conocimiento sobre el fundamento de la acusación (instrucción jurisdiccional) o aceptar por propia iniciativa las pruebas enderezadas a resolver luego sobre aquellas en forma definitiva (v.gr. incorporación de oficio de nuevas pruebas al debate) así lo creemos por una sencilla razón: imponerle al tribunal la co-responsabilidad de probar los hechos de la acusación (la inocencia no debe probarse: esta presupuesta) y después (para juzgar sobre ella) importa mimetizar su rol con el del fiscal, transformándolo en un virtual co- acusador (es decir en co-parte) situación que no puede seriamente considerarse , por este motivo, exenta de graves peligros de parcialidad” Cafferata Nores José: “Lineamientos básicos que deben regir un sistema de procuración y administración de justicia penal en un estado democrático”, en edición de “Trámite parlamentario de la Cámara de Diputados de la Nación, período 1998, nro. 23 del Iro. de Abril de 1998, Pp. 1963-1963, citado por Héctor Superti, “La garantía constitucional del juez imparcial” en “El debido proceso”, Editorial Ediar, año 2006, pág. 351.

hipótesis tanto en el proceso civil como en el penal, va formando una idea de sentencia que conspira contra la idea de juez imparcial.

La Constitución Nacional propone el sistema acusatorio, cuyo equivalente en el proceso civil es el sistema dispositivo. Lo que se propone es la división de funciones entre acusador y juzgador. Esto no ocurre en el CPCN que le otorga deberes instructorios al juez. El juez de la ley de rito de la nación, interroga testigos a las partes, exige la entrega y-o exhibición de documentación, sin necesidad de respetar la preclusión de los estadios procesales. Luego de haber realizado la prueba en la dirección de su hipótesis, se encuentra en condiciones de resolver la causa. En esta instancia ya perdió o pudo perder la objetividad que se le exige, ya se pudo o no convertir en parte o existe cierta sospecha, violando su condición de imparcial. La mera sospecha de parcialidad, alcanza para afectar el principio de imparcialidad.

El principio de imparcialidad ha tenido una resignificación luego de la reforma constitucional de 1994 y por la evolución jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esta jurisprudencia debe satisfacer los requisitos mínimos previstos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta evolución la Corte Interamericana formuló la distinción entre los aspectos subjetivos y objetivos de la imparcialidad ya enunciados supra: *“Primero, el tribunal debe carecer, de una manera subjetiva, de prejuicio personal. Segundo, también debe ser imparcial desde un punto de vista objetivo, es decir, debe ofrecer garantías suficientes para que no haya duda legítima al respecto. Bajo el análisis objetivo, se debe determinar si, aparte del comportamiento personal de los jueces, hay hechos averiguables que podrían suscitar dudas respecto de su imparcialidad. En este sentido hasta las apariencias podrán tener cierta importancia (Herrera Ulloa vs. Costa Rica).*

El juez debe ser imparcial y también parecerlo. Un juez que dicta pruebas de oficio aún ante la ausencia de prueba ofrecida y diligenciada por la parte beneficiada, si no es parcial, al menos lo parece. Digo que es parcial y quiebra la igualdad ante la ley, puesto que si esta prueba de oficio no hubiera sido dictada, el rumbo del proceso tal vez sería otro. Pero esto que sostengo no es novedoso ni mucho menos: la figura del fiscal nace como idea de separar las funciones de acusación y juzgamiento. La doctrina ya se detuvo en esta circunstancia y por tal razón en la Provincia de Córdoba se derogó el proceso penal mixto. También sucedió lo mismo en otras Provincias Argentinas.

Me animo a decir que la tendencia en Argentina es hacia el sistema inquisitivo con algún matiz dispositivo. Lo curioso de esta tendencia ostensible en el proceso civil va a contramano de las reformas surgidas en el proceso penal, donde se inclinan por un sistema netamente acusatorio, justamente para entronizar las garantías constitucionales de los justiciables.

A la luz de las modificaciones a los procesos penales y a diversos fallos de tribunales internacionales, surge claramente que la figura del juez instructor o del juez que resuelve la causa luego de haber investigado a las partes del proceso no satisface el estándar mínimo de imparcialidad del tribunal exigido por los tratados internacionales. Esta figura del juez instructor es similar a la del CPCN.

La probidad del juez y la imparcialidad objetiva: el argumento activista a favor de la acumulación de funciones del juez director en el proceso civil podría ser el siguiente: el juez es una persona de reconocida probidad y dado su profesionalismo es capaz de abstraerse de su trabajo realizado en la instrucción a la hora de juzgar. Valorará tanto la prueba producida por el mismo, como la prueba ofrecida por las partes. Sobre este argumento valen algunas aclaraciones: en primer lugar ya sostuve la

idea de sospecha de imparcialidad objetiva. No es menester que realmente sea imparcial el juzgador, alcanza que exista la mera sospecha de imparcialidad.

Seguramente el juzgador será virtuoso y profesional, pero no resulta deseable descansar en la probidad del juez, ni que los justiciables descansen en la confianza hacia el juez. Si el procedimiento provoca posible parcialidad por su sola implementación, ya es posible sospechar de parcialidad del juzgador. El Sistema no puede permitirse estos lujos, ni el juzgador tampoco. Si la ley lo obliga a esclarecer la verdad y el Tribunal lo acata y ofrece y produce prueba ya obró con parcialidad y debe ser recusado e impedir el ingreso de la prueba al proceso mediante la interposición de los remedios procesales pertinentes con más la petición de inconstitucionalidad de la norma. Es dable destacar que según la norma del CPCN el juez se encuentra obligado a producir la prueba del caso, la que luego valorará a los fines de dictar sentencia. Es muy difícil no ceder ante el influjo de su propia subjetividad.

La mayoría de la jurisprudencia internacional sobre separación de funciones de acusación y juzgamiento surgen de procesos penales, donde se encuentra en juego, el principio de inocencia y la figura del imputado. En el proceso civil, si bien es posible equiparar el demandado al imputado en algunos aspectos, existen diferencias entre ambos. Aún así, estimo que el despacho probatorio de oficio, siendo una actividad instructoria del juez, contraviene también el principio de imparcialidad, ya que modifica la relación entre dos partes y un tercero imparcial, imparcial e independiente.

Luigi Ferrajoli, refiriéndose al proceso penal, pero con notable incidencia en el proceso civil afirma: *“La separación del juez de la acusación, requerida por nuestro axioma A8 y ahora indicada como primera garantía orgánica, supone la configuración del proceso como una relación triangular entre tres sujetos, dos de los cuales están como partes en la causa y el tercero súper partes: el acusador, el defensor y el juez.*

Esta estructura triádica constituye como se ha visto, la primera seña de identidad del proceso acusatorio...Las partes que están en controversia acerca de un derecho, escribió Hobbes, deben someterse al arbitraje de una tercera persona... Es necesario que el juez no tenga ningún interés privado o personal en el resultado de la causa. Nadie debe ser juez o árbitro en su propia causa y por ello- son palabras de Hobbes- nadie debe ser árbitro si pare él resulta aparentemente un mayor provecho, material o espiritual, de la victoria de una parte que de la otra... El juez como se ha dicho en el apartado 37.5, no debe gozar del consenso de la mayoría, debe contar, sin embargo con la confianza de los sujetos concretos que juzga, de modo que estos no sólo no tengan, sino ni siquiera alberguen el temor de llegar a tener un juez enemigo o de cualquier modo no imparcial... En segundo lugar para garantizar la imparcialidad del juez es preciso que éste no tenga en la causa ni siquiera un interés público o institucional. En particular, es necesario que no tenga un interés acusatorio y que por esto no ejercite simultáneamente las funciones de acusación, como por el contrario, ocurre en el proceso inquisitivo y aunque sea de manera ambigua también el mixto. Sólo así puede el proceso conservar un carácter cognoscitivo o como dice Beccaria, informativo y no degenerar en proceso ofensivo, donde el juez se hace enemigo del reo”³⁵.

Las palabras del maestro italiano definen la idea de debido proceso y la idea de imparcialidad judicial. Lo que se exige es simplemente una relación triangular entre tres sujetos, las partes de la causa y el tercero super-partes que es el juez. También exige que este último no acumule las funciones de acusación y juzgamiento. Es claro que cuando hablamos de acusación, si lo llevamos al proceso civil debemos hablar de investigación o de poderes instructorios, propios del antiguo juez de instrucción. Por lo tanto,

³⁵ Ferrajoli Luigi: Derecho y Razón, Teoría del garantismo penal. Editorial Trotta, 3ra. Edición año 1998, pág. 581

pareciera que de los dichos de Ferrajoli se desprendería lo siguiente: el proceso civil se debe conformar con dos partes y un tercero supra partes, y que este tercero monopolice únicamente la función de juzgar, dejando en manos de los contendientes la función de investigar.

Lo que dice el jurista italiano se aplica también para el CPCN: el juez no debe instruir y juzgar la causa, la prueba la deben aportar las partes del proceso. Es claro que se debe tolerar la frustración de saber que la imparcialidad completa es difícil de conseguir ya que dependemos de la virtud personal del juez, pero debemos asumir que *“existen diseños procesales que favorecen la imparcialidad y diseños procesales que, a nuestro entender conspiran contra ella, haciéndola depender exclusivamente de virtudes morales de las personas y excluyendo o dificultando el control”*³⁶. Lo importante es que el sistema favorezca la imparcialidad y no que se conspire contra ella.

En mi modesto entender, el modelo que recepta el CPCN influye negativamente en la imparcialidad del juzgador. El juez debe ser un tercero imparcial, imparcial e independiente, y esta concentración de poder en un juez investigador y a su vez juzgador, quiebra la igualdad entre las partes. Por una parte el juez investiga y por la otra juzga. Entiendo que no es tarea simple pasar de una tarea inquisitiva a una tarea de juzgamiento, sin resultar afectado el principio de imparcialidad. De alguna manera es posible que el juez se involucre en la investigación y pierda su condición de tercero. También es posible que el juez sea virtuoso y que no se involucre en la contienda, pero quedará flotando la sospecha.

Superti, si bien relacionado con el sistema procesal penal, desarrolla adecuadamente esta idea del juez parcial al sostener que *“Justamente con la independencia de los poderes institucionales y no institucionales hay que lograr la*

³⁶ Meroi Andrea, “La imparcialidad judicial”, en “Activismo y garantismo procesal” Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba”, año 2009, pág. 46.

imparcialidad intrajuicio, lo que significa, desde lo objetivo, que el órgano que va a juzgar no se encuentre comprometido por sus tareas y funciones ni con las partes (imparcialidad) ni con los intereses de las partes (imparcialidad). De esta forma se va a lograr entonces el famoso triángulo de virtudes del órgano jurisdiccional que son imparcialidad, imparcialdad e independencia. Es interesante recordar que el sistema inquisitivo se caracterizaba exactamente por el contrario, en cuanto al mismo órgano le adjudicaba las funciones de acusar (ser parte) y de juzgar. Esta concentración de poder en un órgano es lo que quebraba la igualdad entre el acusador y el acusado y que convertía a este sistema en una clara e indiscutible manifestación del absolutismo y del autoritarismo. En un modelo democrático y republicano ese esquema autoritario no tiene, ni puede, ni debe tener cabida....”³⁷. Es cierto que el citado autor es especialista en Derecho Procesal Penal y que se refiere al sistema procesal penal mixto con una fase de investigación inquisitiva y con un plenario acusatorio. Pero no es menos cierto que el juez de instrucción del antiguo proceso penal cordobés ha sido reeditado en el CPCN en el actual artículo 36. Este sistema procesal penal se encuentra en franca desaparición en Argentina. Más allá de las diferencias existentes entre el proceso penal y el proceso civil, entre imputado y parte, respectivamente, lo cierto es que el Código Procesal Civil de la Nación trae a escena nuevamente el sistema inquisitivo, al menos en la fase investigativa.

El conflicto entre dos partes que deben acreditar sus propias alegaciones requiere la presencia de un tercero neutral que lo resuelva. Si las partes pueden ser reemplazadas por el tercero neutral a la hora de acreditar los hechos soporte de su pretensión, va de suyo que quien lo haga, será considerado parte. Por lo tanto si el juez es quien acredita los hechos de las partes, pierde su condición de juez y se convierte en juez y parte

³⁷ Superti, Héctor Carlos, “La garantía constitucional del juez imparcial”, Revista el Debido Proceso, Editorial Ediar, año 2006, pág. 334.

simultáneamente, lo que repugna los derechos y garantías que emergen de la Constitución Nacional.

En el viejo proceso penal cordobés, el juez instructor era quien recopilaba las pruebas tendientes a confirmar la existencia del hecho delictivo. Luego de agotar la instrucción, le exhibía su investigación al actor penal público (Fiscal), quien en base a la investigación del juez, acusaba o pedía el sobreseimiento. De esta manera el juez de instrucción en principio imparcial, terminaba trabajando para la acusación y esto es lo que actualmente se sostiene que no satisface el estándar mínimo de imparcialidad³⁸.

En el proceso civil de la Nación se ha reeditado prácticamente el sistema mixto inquisitivo-acusatorio del viejo sistema procesal penal cordobés. Las partes se encuentran facultadas para ofrecer pruebas, dado que en teoría en el CPCN rige el sistema dispositivo. Pero el juez no sólo se encuentra facultado para despachar medidas de mejor proveer, sino que se encuentra obligado a esclarecer la verdad de los hechos. Esta obligación pesa sobre el juez, hayan o no ofrecido y producido prueba las partes. Es decir, el juez sin instancia de parte alguna, puede mejorar la situación procesal de alguna de las partes del proceso, lo que provoca el quiebre de la igualdad ante la ley. No se trata ya de despejar dudas para mejor sentenciar que también resultará discutible, se trata de ofrecer y producirle la prueba a una de las partes en detrimento de la contraria, lo que afecta necesariamente la imparcialidad del juzgador.

De esta manera, el juez instructor del sistema inquisitivo regresa a escena. Lo curioso es que el mandato legal obliga al juez a investigar y coleccionar elementos probatorios de una de las partes. En este trabajo de esclarecimiento, de investigación, el juez puede encontrarse con el valladar de las formas procesales, pero mediante la doctrina del exceso ritual manifiesto y el propio texto del artículo 36 del CPCN, puede

saltearlas, menoscabando tal vez los derechos individuales de la parte que resulta perjudicada por su investigación. En consecuencia ante cualquier recurso que interponga la parte perjudicada se genera un conflicto entre el juez investigador y la parte perjudicada, que debe resolver el juez instructor.

Superti ilustra esta cuestión magistralmente al sostener lo siguiente: *“No hace falta esforzarse demasiado para advertir que cuando una garantía opera frente a una autoridad que por sí sola puede excepcionarla, automáticamente deja de ser garantía. Si se entrega la llave de ingreso a quien no se quiere dejar entrar mal puede decirse que la puerta esta cerrada y que protege la morada. De allí que la existencia del juez con la competencia procesal de investigar y la constitucional de excepcionar garantías que existen justamente frente a esa investigación, implica la derogación del sistema de garantías y eso ocurre con los jueces de instrucción. No se conoce ningún caso en que el juez de instrucción como investigador del estado y a los fines de la investigación que venía desarrollando, necesitó entrar en un domicilio privado y como juez de las garantías constitucionales se denegó a sí mismo la posibilidad de allanar ese domicilio”*³⁹.

El citado autor lo relata desde la óptica del derecho procesal penal, pero entiendo que resulta aplicable al proceso civil. En el sistema dispositivo, la parte peticona la medida probatoria, el juez la despacha y eventualmente la parte contraria la admite o se opone mediante el recurso procedente. Si la parte solicita la medida probatoria fuera de término, es posible que al juzgador se le escape dicha circunstancia, pero ante el recurso de la contraria, resolverá con total imparcialidad.

En el sistema del CPCN, quien despachó la medida probatoria es el juez motu proprio, y ante la oposición de la parte perjudicada, es el propio juez quien resolverá y el

³⁹ Superti, Hector Carlos: “La garantía constitucional del juez imparcial”, Revista el Debido Proceso, Editorial Ediar, año 2006, pág. 334.

único remedio que la parte puede intentar en el CPCN: el recurso de reposición que resuelve el propio juez, el cual será inapelable a tenor del Art. 377 del CPCN. Allí resulta aplicable la advertencia de Superti invocada supra al afirmar que cuando una garantía opera frente a una autoridad que por sí sola puede excepcionarla, automáticamente deja de ser garantía. La garantía que menciona Superti, es en el proceso civil de la Nación, el recurso de reposición que puede excepcionar la autoridad.

En definitiva el juez instructor viola el principio de imparcialidad judicial.

Imparcialidad objetiva y Regla de Mallorca: para que la imparcialidad objetiva surja claramente se exige que el juzgador ofrezca las suficientes garantías que eliminen cualquier duda acerca de la imparcialidad observada en el proceso judicial.

La Organización de las Naciones Unidas estableció las reglas mínimas de las Naciones Unidas para el procedimiento penal, cuyas conclusiones constituyen las “Reglas de Mallorca”. En la regla número cuatro, inciso segundo, se dispuso que “*Los tribunales deberán ser imparciales. Las legislaciones nacionales establecerán las causas de abstención y recusación. Especialmente, no podrá formar parte del tribunal quien haya intervenido anteriormente, de cualquier modo o en otra función o en otra instancia en la misma causa....*” Esta doctrina ha sido receptada por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos “Recurso de hecho, Dieser María Graciela y Fraticelli, Carlos Andres S. Homicidio calificado por el vínculo y por alevosía- causa Nro. 120-02”. En esta resolución la Ministra de la Corte Dra. Carmen M. Argibay resolvió lo siguiente: “... *Esta Corte tiene establecido a partir de la decisión recaída en el precedente del 17 de Mayo de 2005, L.486.XXXVI. “Llerena, Horacio Luuis s. Abuso de armas y lesiones (Disidencia parcial de los jueces Belluscio y Argibay) que resulta incompatible con la garantía de imparcialidad la circunstancia que sea un mismo juez el que intervenga en la instrucción del proceso y el que actúe en*

la etapa de juicio. En ese sentido, se recordó el “Proyecto de reglas mínimas de las Naciones Unidas para el procedimiento en materia penal”, denominado “Reglas de Mallorca”, que en el segundo inciso de su regla cuarta establece que “Los Tribunales deberán ser imparciales... especialmente no podrá formar parte del tribunal quien haya intervenido anteriormente, de cualquier modo, o en otra función o en otra instancia en la misma causa...” 3) Tal circunstancia concurre en el presente caso, en tanto dos de los tres vocales integrantes de la Cámara de Apelación en lo penal de Venado Tuerto que en su oportunidad desestimaron las nulidades planteadas por la defensa y confirmaron el procesamiento de María Graciela Dieser (los jueces Marta Burrone de Juri y Gustavo Garcia Mendez) intervinieron luego en el tribunal que revisó la condena de primera instancia (confr. Fs. 1119-1153 y 3351-3651 de los autos principales), 4) Que en torno al punto bajo análisis, con posterioridad al pronunciamiento antes señalado esta Corte ha signado la acordada Nro. 23 (del Iro. De Noviembre de 2005 en la cual, en aras a adoptar medidas apropiadas para preservar la validez de los procesos, dejó establecido que “... no puede haber dudas razonables de que el órgano jurisdiccional que es tribunal de alzada del magistrado de instrucción carece objetivamente de imparcialidad para juzgar...” En razón de tal motivo y de las demás consideraciones vertidas en el fallo citado, a las que corresponde remitir en honor de la brevedad, la decisión del aquo debe ser descalificada por resultar contraria a la garantía que tiene toda persona de ser juzgada por un tribunal imparcial”.

Es dable destacar que si bien pareciera que se trata de supuestos absolutamente diferentes, entiendo que los supuestos se parecen. El juez civil en el CPCN obra de acuerdo al juez de instructor: instruye la causa, ofrece prueba y la diligencia a contramano de lo que exige la CSJN. Este juez que instruye y prueba y que luego decide, ¿resiste el test de constitucionalidad?. Entiendo que no, que al instruir la causa,

se ha impregnado del contenido de la misma y de alguna manera su intuición lo ha motivado a despachar pruebas de oficio. Luego de haber trabajado en pos de la obtención de la prueba, el juez debe decidir. Pues bien, este sistema contraviene las aludidas “Reglas de Mallorca” y también la jurisprudencia que surge de los tribunales internacionales. El juez no puede instruir la causa, debe permanecer ajeno a la producción de la prueba, para luego decidir con imparcialidad objetiva e independencia.

V.1.a) Despacho de pruebas de oficio y prejuzamiento: el juzgador al involucrarse activamente en la búsqueda de la verdad, despachando pruebas de oficio, aún en ausencia de producción de prueba por parte de la contraria, en mi opinión podría incurrir en prejuzamiento. El fundamento es el siguiente: si las partes no ofrecieron ni diligenciaron prueba alguna en un litigio, la sentencia será adversa a quien tenía la carga de probar y no lo hizo. Pues bien, si aún ante este escenario, el juez despacha prueba de oficio, ¿cuál es el sentido de la misma?. No cabe otra opción que entender que el juez desconfía de la justicia del resultado. Prejuza por la siguiente razón: en un determinado caso, advierte que las partes no ofrecieron prueba. Por ello, si éstas omitieron ofrecer prueba, el juez deberá aplicar las reglas de la carga de la prueba. En esta instancia y cumpliendo con su obligación de esclarecer la verdad de los hechos, despacha pruebas de oficio. En ese mismo instante, pierde su imparcialidad y estaría prejuzando, además de quebrar también la igualdad ante la ley. En este supuesto el juez debió rechazar la demanda o admitirla según quien debió soportar la carga de la prueba. Pero el juzgador se formula una hipótesis diferente, al punto que teniendo que dictar una sentencia de cajón, inquiere y despacha una prueba de oficio. Va de suyo que no está conforme con el seguro resultado que conduce la aplicación de la carga probatoria (“el que alega prueba”), y por lo tanto adelanta su opinión y pierde la objetividad.

V.1. b) La base autoritaria del despacho probatorio de oficio: tal como se sostuvo supra, desde el garantismo se ataca al activismo por proponer un juzgador autoritario con base en un sistema procesal inquisitivo.

Existen dos argumentos principales para catalogar al despacho probatorio de oficio de autoritario. En primer lugar se ubica el argumento o aspecto ideológico y es aquel que emparenta el reglamento de Klein, el Código Fascista de 1940 y el CPCN a la luz de la ideología de la época en que se promulgaron las respectivas legislaciones. Dentro de este argumento también se incluyen la similitud entre las tres legislaciones. En segundo lugar se encuentra el argumento o aspecto de orden técnico, dada la acumulación de poder que detenta el magistrado interviniente, por la permisón casi expresa de discrecionalidad y por la aplicación a ultranza del sistema inquisitivo. Es cierto que ambos argumentos pueden encontrarse íntimamente vinculados, no obstante para un mejor análisis se los clasificó de esta manera.

Aspectos ideológicos: existen similitudes entre el reglamento de Klein, el Código Italiano de 1940 y el CPCN. Al enunciar los fundamentos del garantismo se observó que sus principales autores afirmaban que el activismo judicial era autoritario porque sus principales cuerpos legales, el Reglamento de Klein y el Código Procesal Italiano de 1940 habían sido promulgados en tiempos autoritarios. Las exposiciones de motivos y la propia normativa entronizan al juzgador por encima de las partes. Dino Grandi al exponer en la Comisión de las Cámaras Legislativas en Italia en 1940 afirmó que *“El juez es el órgano al que el Estado le confía la función esencial de aplicar la ley por medio del procedimiento. En el fondo de la cuestión está el renovado concepto de la dignidad y de la autoridad del Estado fascista y de sus órganos, para los cuales no sería concebible que el juez asista, espectador impasible y, alguna impotente, como si fuese un árbitro en un campo de deporte que se limita a contar los punt/os y a controlar*

que sean observadas las reglas del juego, a una lucha que afecta por el contrario, directamente a la celosa y la más alta función y responsabilidad del estado. Es necesario, por tanto, que el juez tenga una precisa dirección del proceso, una posición preeminente y reguladora". Por estas razones se le acordaron importantes poderes al juzgador, tales como acordar en cualquier momento del proceso el interrogatorio de las partes, el reconocimiento de personas y cosas, formular al testigo todas las preguntas que estime útiles para esclarecer los hechos, carear testigos, llamar como testigos a personas cuyo nombre se ha conocido por la declaración de otro testigo. Esta misma idea ha sido receptada en el Código Procesal Civil de la Nación. Para algunos autores la circunstancia temporal no debería confundirse con la ideológica. El sólo hecho de haberse dictado la ley o reglamento en una época fascista o autoritaria no es suficiente para calificar de igual manera a la norma⁴⁰.

⁴⁰ Michelle Taruffo opina en este sentido al sostener que "La segunda de las hipótesis indicada, aquella según la cual habría una conexión directa entre la presencia de poderes de instrucción del juez y la naturaleza autoritaria del sistema político en que tales poderes vienen previstos, parece tener un contenido más serio y por tanto amerita algunas consideraciones. En sus versiones corrientes esta orientación asombra por varias razones, relativa sobre todo a la falta de una teoría política creíble y suficientemente articulada. Por ejemplo, solamente no se distingue entre los diversos tipos de régimen político que de vuelta en vuelta vienen calificados como autoritarios, poniendo juntos instituciones demasiado diferentes como el fascismo, el comunismo, el socialismo, el Estado asistencia e intervencionista, el Estado Social, y cosas así. De este modo la calificación de "autoritario" aparece vaga y genérica, sin sentido. De este modo la calificación de "autoritario" aparece vaga y genérica, sin sentido. De otro modo, no se distingue entre las varias especies de liberalismo, así que no se logra comprender si se habla desde la concepción de Nozick, de Rawls, de Mill, de Hayec, de Croce o de algún otro exponente de la teoría política liberal. En realidad, los que sostienen la orientación que aquí se considera no se interesan en teoría política y tampoco se preocupan por definir los conceptos políticos que emplean. Resulta todavía claro que es el tipo de sistema liberal el que ellos prefieren: esto es – genéricamente- aquellos sistemas ochocentescos en los cuales regían las concepciones del proceso civil típico del individualismo propietario, con la exaltación de la autonomía de las partes como valor absoluto y prioritario, para actuar a costa de privilegiar la exigencia de funcionalidad y de eficiencia en el procedimiento. De otro lado, no se considera que la contraposición fundamental, como se retoma desde la clásica obra de Neumann, no está entre el liberalismo y el autoritarismo, sino entre Estado Democrático y Estado Autoritario. La diferencia es porque han existido sistemas políticos que se inspiran en ciertos aspectos de la ideología liberal pero que ciertamente no pueden ser definidos como democráticos. La Italia desde la segunda mitad del ochocientos- a la cual algunos seguidores del revisionismo hacen referencia. Eran por ciertos aspectos "liberales" y lo era en particular en el ámbito de la justicia civil, dado que el juez del código procesal de 1865 era sustancialmente pasivo y no disponía de poderes de instrucción autónomos.... De otro modo han sido varios regímenes autoritarios en los cuales el proceso civil quedaba encasillado sobre el monopolio de las partes respecto a la conducción del proceso y a la disponibilidad de los medios de prueba: Basta con pensar el Código Napoléonico de 1806, que después sirvió de modelo para numerosas codificaciones ochocentescas, de la regulación austriaca de 18, a la Italia fascista, donde a finales de 1942 queda en vigor el Código Liberal de 1865 o a la España Franquista, en la cual quedó en

En mi opinión, le asiste razón a Taruffo cuando afirma que la ideología de la época en que se dictó la ley o reglamento no determina la ideología del cuerpo legal. Por lo tanto, la circunstancia que el Código Procesal Italiano se haya dictado en el año 1940, apogeo del fascismo italiano, no es suficiente para catalogar de autoritario al mismo. Sin perjuicio de ello, toda legislación dictada en épocas autoritarias, puede presumirse que tendrá cierta afinidad con la ideología de la autoridad que la dictó. Pero es apenas una presunción y puede ser destruida como lo hace Taruffo acertadamente en el artículo citado, al citar determinadas legislaciones dictadas en épocas autoritarias, que brindan una solución liberal. Esto no significa, en mi opinión, que el Reglamento de Klein, el Código Fascista de 1940 y el CPCN no se encuentran imbuidos de un ideario autoritario. En mi opinión son normas autoritarias, aunque no sea el fundamento la época en que se dictaron.

Aspectos técnicos: el despacho probatorio de oficio responde a una ideología autoritaria no tanto por su partida de nacimiento, sino por el espíritu del mismo. El espíritu es hipertrofiar la autoridad del juez, hasta convertirlo en director autoritario del proceso, reduciendo a su mínima expresión a las partes del mismo. Claro que este autoritarismo no surge únicamente del despacho probatorio de oficio, sino de diversos institutos generados por el activismo judicial. Por ejemplo la reconducción de postulaciones, las pruebas de oficio, la flexibilización del principio de congruencia, el principio de colaboración, el deber de informar el patrimonio de los deudores, el considerar al proceso como una empresa común, y otros institutos nacidos de la usina creadora que es el activismo. Todo conduce a darle mayor vigor al juzgador quien se encuentra dotado de diversos poderes que si los usara podría lisa y llanamente cambiar

vigor la liberal “ley” de enjuiciamiento civil de 1881....Consideraciones generales de este género serán probablemente suficientes para demostrar que las ecuaciones de tipo “poderes de instrucción del juez= régimen autoritario” y “juez pasivo= régimen liberal” son vagas y genéricas y se reducen a slogans polémicos privados de valor científico” Taruffo, Michele. “Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa”. La Ley 2010-D-1219.

el rumbo del proceso. Estos son los rasgos autoritarios que considero que detenta el activismo. El juez es una autoridad que reconduce postulaciones, flexibiliza el principio de congruencia, juzga de acuerdo a la conducta de las partes, obliga a informar el patrimonio de los deudores y sin instancia de parte, despacha pruebas de oficio, retrotrayendo si fuera menester el proceso a etapas ya precluídas. Esta es la razón por lo cual considero que el modelo activista responde a una ideología autoritaria. Toda norma, toda modificación se realiza en esta dirección: desatar las manos del juzgador para que de acuerdo a su saber y entender, sin respetar las formas y reglas procesales, trate de lograr la búsqueda de la verdad jurídica objetiva, entronizando el valor justicia.

Este argumento no surge únicamente del garantismo. Joan Pico Junoi, defensor de la concepción publicista del proceso, define contrario sensu el autoritarismo judicial, confirmando indirectamente lo que se sostiene en el presente. Sostiene que “...*al juez se le puede atribuir iniciativa probatoria -siempre que se limite a los hechos discutidos en el proceso- por lo que se protege el principio dispositivo. A las fuentes probatorias que ya consten en la causa- impidiendo así una actuación inquisitoria, susceptible de vulnerar la debida imparcialidad judicial y se permita el ejercer el derecho de defensa a los litigantes, ampliando sus pruebas inicialmente propuestas. Con estos tres límites se evita la figura del juez autoritario o fascista*”⁴¹. Pues bien, aplicando el argumento contrario sensu, según el autor citado, un sistema probatorio para considerarlo autoritario debe contener los siguientes requisitos: a) la iniciativa probatoria debe dirigirse a hechos discutidos en el proceso. b) las fuentes probatorias ya deben constar en la causa. Es decir, no debe suplir la negligencia de las partes ni despachar prueba que no haya sido ofrecida por las partes. La contravención a esta idea, consagra una actuación autoritaria y vulnera la debida imparcialidad judicial. c) por último, respetar el

⁴¹ Pico Junoi, Joan, “El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado”. Proceso Civil e Ideología, AAVV, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia 2006, pág. 116.

derecho de defensa de las partes. Estos son los límites para que el sistema procesal no resulte fascista o autoritario. Si se toma como base lo sostenido por el autor español, a quien no se lo puede juzgar como garantista, es posible colegir que el artículo 36 del CPCN tiene un claro tinte autoritario, ya que el juzgador se encuentra obligado a esclarecer la verdad de los hechos, no indicando la norma límite alguno a esta potestad del juzgador, ni formal ni temporal. El juzgador puede probar motu proprio cualquier hecho aún cuando las partes no hubiesen ofrecido ni producido prueba, y lo puede hacer durante el curso de la instrucción al concluir la causa.

El juez en el CPCN es autoritario entre otras razones, por la circunstancia de no encontrarse limitado por norma alguna a la hora de esclarecer la verdad de los hechos y a la hora de investigar. No sólo no se encuentra limitado, sino que se encuentra obligado a descubrir la verdad de los hechos, disponiendo de herramientas procesales que deberían estar en poder exclusivo de las partes. Esto no lo dice el que suscribe únicamente, de quien podría suponerse parcial dada su coincidencia con las ideas garantistas, también lo dice Pico Junoi, a quien no se le puede reprochar afinidad alguna con el garantismo.

V.1.c) Discrecionalidad y arbitrariedad: el sistema procesal debe acotar la discrecionalidad del juzgador. Una de las maneras de acotar la misma es mediante el apego a la norma jurídica.

Un sistema procesal que libere al juzgador de las ataduras de las formas o que mediante la “búsqueda de la justicia material del caso” o “búsqueda de la verdad jurídica objetiva”, modifique a su arbitrio las reglas del juego, no es un proceso acorde con la Constitución Nacional. El interrogante a resolver es determinar en cuáles supuestos el juez opera arbitrariamente. La respuesta debería ser cuando evade la prescripción de la norma, y falla no con criterios legales, sino de acuerdo a su parecer

sin base legal alguna. El juez debe fallar de acuerdo a las normas, y es posible un margen de discrecionalidad siempre que la norma lo habilite. Extirpar la misma totalmente del proceso civil es literalmente imposible. El juez siempre tendrá margen para ejercer cierta discrecionalidad: a la hora de conformar los hechos del proceso, a la hora de interpretar las normas, al tiempo de resolver los denominados casos difíciles. Pero esto se encuentra dentro de las reglas del juego, e incluso el justiciable tiene los remedios procesales en caso de exceso del juzgador.

Lo que resulta inadmisibles es la manipulación del proceso según un particular criterio de justicia. Si al juzgador se le permite modificar las reglas del juego y saltar las fases del proceso o retrotraer el proceso a una fase ya precluida con el argumento de la justicia material del caso, se violaría la igualdad ante la ley y por ende el derecho de defensa del justiciable. Es posible argumentar que estas son sólo palabras y no se define el problema. Pues bien, el problema es el siguiente: si la norma dispone que el juzgador se encuentra obligado a esclarecer la verdad de los hechos, esto presupone una obligación legal que el juez debe cumplir. Si no la cumple, el juzgador debe ser sancionado y eventualmente la sentencia nulificada. Incluso las partes tranquilamente podrían, vencidos los términos probatorios, exigir que el juzgador cumpla su obligación de esclarecer la verdad y de esta manera librar prueba de oficio. Si esto ocurriera en la totalidad de los casos, se podría defender el sistema activista afirmando que es un trabajo tortuoso para el juzgador pero que siempre estará dispuesto a cumplirlo. Pero esto no ocurre. Lo que ocurre es que el juez cumple este deber como un complemento de la prueba ofrecida por las partes. Esclarece las causas que arbitrariamente elige y no todas, lo que afecta también la igualdad ante la ley de los justiciables. Claro que esta situación se encuentra contemplada por el activismo judicial. Así, Jorge Peyrano se formula la siguiente pregunta. “*Ahora bien: ¿Puede siempre y en todos los casos el juez*

civil perseguir infatigablemente la verdad, previa producción adecuada de la prueba correspondiente, o a veces, deberá conformarse con lo que declara como cierto simplemente debe “ser tenido o aceptado como verdadero. Creemos que el tema se sale de sus cauces adecuados cuando se parte de la premisa de que la misión del juez civil dentro de un proceso contencioso con contradictorio y con producción de prueba es encontrar la verdad del caso. El magistrado Civil no es un investigador a todo trance de la verdad, no lo es ni puede serlo. Su cometido, en cambio, es procurar aproximarse limitada y selectivamente a la verdad. Limitadamente porque el ofrecimiento y la producción de la prueba (de la cual depende la obtención de la verdad) están condicionados al accionar de las partes y porque, también, la tarea del oficio posee límites técnicos infranqueables que ni tan siquiera pueden ser salvados por el uso de medidas para mejor proveer; y es selectivo porque es impensable e imposible (por lo menos en Argentina) en cualquier supuesto se deba empeñar en conseguir la versión fáctica “verdadera”. Por más que sea un secreto a voces, debe admitirse que campea en el proceso civil nativo una suerte de “principio de oportunidad” de acuerdo con el cual existe una gradación jerárquica de las causas, no siendo lo mismo una donde está comprometido el derecho a la salud que otra consistente en un cobro de pesos de cuantía módica. A estrados judiciales con sobrecarga de tareas- y este es un dato de la realidad que no puede ser soslayado por el discursos académico- no se les puede exigir esfuerzos parejos frente a causas disímiles en su trascendencia institucional o humana”⁴².

De la propia pluma de Peyrano surge la coincidencia con lo que afirma el garantismo. Es cierto que el citado autor no denomina “arbitrariedad” a la elección del juzgador acerca de en cuáles procesos ejercerá sus deberes de esclarecimiento y en

⁴² Peyrano, Jorge Walter: “El juez y la búsqueda de la verdad en el proceso civil”, La Ley 2011- A – 1087.

cuáles no. Entiende que la procuración de la búsqueda de la verdad es limitada y selectiva. Esta limitación y selección no proviene de la ley, sino de la voluntad del juez, lo que plasma en la realidad lo que sostengo: los deberes del juzgador más que deberes son facultades discrecionales ilimitadas del mismo que conduce a la arbitrariedad.

El “principio de oportunidad” que alude Peyrano se rige por una suerte de graduación jerárquica de las causas, con un pequeño detalle: la jerarquía la fija el juzgador discrecional y arbitrariamente. Deduzco que la ley permite esta arbitrariedad no querida seguramente por el juzgador.

El Artículo 36 del CPCN no hace más que colocar al juzgador en una postura antipática, desigual y eventualmente arbitraria. Nada más alejado de su voluntad. Asimismo el justiciable también se encuentra en problemas, porque la posible discrecionalidad ilimitada del juzgador no le permite al justiciable preparar una estrategia, ni tener seguridad jurídica. Nunca va a saber si el juez va a intervenir en el diligenciamiento de la prueba o no. Conoce que la ley obliga al juzgador, pero también conoce las limitaciones de los tribunales. Por lo tanto, ofrecerá y diligenciará prueba, pero hasta la sentencia no va a saber cuál va a ser la función del juez en la fase probatoria. Considero en definitiva que el despacho probatorio de oficio, incrementa el riesgo de la arbitrariedad, lo que repercute negativamente en la idea de debido proceso.

V.1.d) Verdad jurídica objetiva: la cuestión de la verdad en el proceso civil tal vez no pase por la definición de verdad sino por la relevancia de la obtención de la misma. Esta posición se sostiene por la sencilla razón que la verdad jurídica objetiva, la verdad pura, se la puede adquirir en mínimos supuestos: en filmaciones, en documentos y otros medios probatorios. En el resto, normalmente resulta materialmente imposible que el juzgador acceda a la verdad objetiva. Una vez consumado el hecho, la verdad se evapora, y subsisten apenas los vestigios, lo que quedó: algún testimonio, un

documento, un indicio. Por lo tanto se colige que no es posible hablar de verdad jurídica objetiva, sino que eventualmente es posible hablar de la *“Noción sugerida por Pooper de aproximación o acercamiento a la verdad objetiva, entendida esta como un modelo o una idea regulativa que somos incapaces de igualar pero a la que nos podemos acercar a condición, no obstante, de que se asocien a tal noción connotaciones desorientadores de tipo ontológico o espacial, sino sólo al papel de un principio regulativo que nos permita aseverar que una tesis o una teoría son más plausibles o más aproximativamente verdades y por tanto, preferibles a otras por causa de su mayor poder de explicación y de los controles más numerosos favorablemente superados por ellas”*⁴³ .

Si se tiene en cuenta esta idea, cualquier discusión doctrinaria que se entable en torno a esta cuestión resultará inútil.

Por tal razón se debe tener en cuenta la relevancia de la obtención de la verdad en el proceso civil: si es una cuestión crucial o si es apenas una cuestión tangencial. Es una cuestión crucial o esencial la permisión del sistema para que las partes ejerzan su derecho a confirmar su planteo. Pero en definitiva es una cuestión tangencial si se obtuvo o no, una cuestión que al juez no lo inhibe de resolver la cuestión. Las partes tienen derecho a utilizar los resortes que le brinda la ley para acreditar los hechos.

Cualquier obsesión por obtener la verdad jurídica objetiva chocará contra la realidad, es imposible reconstruirla y por lo tanto lo que resta por debatir son las reglas del juego para su obtención. Lo que tengo claro es que en el juego de la obtención de la verdad, el rol del juzgador debe ser activo en cuanto debe garantizar que las partes utilicen todos los resortes legales posibles, pero a su vez debe evitar inmiscuirse en el material fáctico.

⁴³ Ferrajoli Luigi: “Derecho y Razón”, Teoría del Garantismo Penal, Editorial Trotta, 3ra. Edición año 1998, pág. 50.

¿Desprecio de la verdad en el proceso civil?: estoy convencido que no es posible construir un proceso civil justo, con base en mentiras o en la no-búsqueda consciente de la verdad. El meollo de esta cuestión reside en la formulación del problema: se construye un proceso civil justo con bases falsas o la construcción se basa en la libertad e igualdad adjudicada a las partes de obtener la verdad a costo y costa suya. Entiendo que no se habla de alternativas sino que se trata de cuestiones diferentes. Una cuestión es un proceso civil cimentado en hechos falsos, lo que debe rechazarse y otra cuestión es plausible, dado que se basa en la calidad de derechos disponibles que se ponen en juego en el proceso civil. El legislador le permite a los justiciables disponer de sus derechos sustanciales y por ende procesales. Le resulta indiferente si el justiciable dilapida sus chances en un pleito en el que se encuentra en juego este tipo de derechos. Por ello no se debe hablar de alternativas sino de cuestiones diferentes.

De esta manera se extraen algunas precisiones: el sistema procesal debe permitir la búsqueda de la verdad, mediante la articulación de diversos mecanismos destinados a obtener la prueba que confirme las alegaciones de las partes. Lo que debe debatirse es la posición del juez ante la inacción de las partes. No se trata de admitir o no un modelo de proceso civil basado en falsedades o ficciones, se trata de admitir o no un modelo de proceso civil cuya fase probatoria dependa exclusivamente de la voluntad de las partes.

Es posible que se deba reformular el interrogante aludido en el subtítulo. Se debe descontar la búsqueda de la verdad, pero esta ambición debe limitarse con la medida de la intención de los sujetos procesales.

Discusión de la búsqueda de la verdad en el proceso civil: el norte del proceso debe ser la búsqueda de la verdad. Realizar una propaganda contraria resultaría una agresión al sentido común.

No obstante ello, la discusión sigue siendo fútil: no es posible negar la búsqueda de la verdad, la cuestión es ¿cuándo resulta procedente habilitar esta discusión?. Si se habla desde el punto de vista del legislador, sostengo que el proceso judicial debe ser un medio para perseguir la justicia material del caso, lo que se obtiene mediante la búsqueda de la verdad objetiva. Esto es posible sostenerse como política legislativa, como un ideal a perseguir. Pero resulta que la cuestión se dilucida en la arena de la realidad y en este escenario es cuando la intención del legislador se diluye. O tal vez fue apenas un ideal del legislador que le brindó las herramientas a las partes para busquen la verdad de los hechos. El meollo de la cuestión es el siguiente: una vez que las partes ingresan en la esfera del proceso, el legislador pareciera que les suelta la mano y ellas deben valerse por sus propios medios. En la contienda es posible que por cuestiones exclusivas de las partes una de ellas incurra en negligencia, y por lo tanto, renuncia a la búsqueda de la verdad. Vencido el plazo probatorio, el juzgador valora la prueba producida por las partes y advierte que una de ellas no produjo la prueba de los hechos. A guisa de ejemplo, en un accidente de tránsito se determinó la existencia de los daños, pero quien interpuso la demanda, no acreditó la mecánica del accidente, propuso testigos pero no los citó, propuso prueba pericial mecánica pero no la diligenció. El juez en su fuero íntimo conoce que el hecho existió y ahora debe juzgar por imperio del principio non liquet. Este es el momento en que se debe formular la pregunta anterior: ¿se debe buscar la verdad en el proceso civil?. ¿Se trata de una verdad formal o debe perseguirse la verdad jurídica objetiva a los fines de alcanzar la justicia material del caso?

La respuesta adquiere connotaciones teóricas, prácticas e ideológicas, y por lo tanto una u otra respuesta importa una toma de posición, y también una postura en relación a la justicia material del caso.

Además de esta toma de posición, es posible que surja el siguiente interrogante: ¿es posible un proceso judicial sin hechos acreditados?, ¿es justo una solución a un conflicto en el que el Estado invirtió dinero e infraestructura?.

La respuesta trataré de encontrarla en las siguientes ideas: desde el Estado, desde la óptica del legislador, es seguro que el objetivo es la verdad, por aquella función social del Estado que le interesa que las partes se encuentren en condiciones de obtener justicia. Pero si es una función del Estado articular los resortes para que el justiciable busque y encuentre la verdad, se debe tener en cuenta también que al Estado le interesa de sobremanera la libertad.

Resulta que no puede exigir a los justiciables que busquen la verdad de las alegaciones cuando se trata de derechos disponibles, máxime teniendo en cuenta que se afectaría el derecho constitucional a la libertad de los individuos. Esto puede ocurrir únicamente en un estado con rasgos autoritarios⁴⁴, no en un estado liberal. Por lo tanto, al Estado no le interesa que se desentrañe la verdad de los procesos civiles, sino que los justiciables, personas con discernimiento, intención y libertad, se encuentran con elementos para hacer valer sus derechos. Por lo tanto, es posible que en el final del proceso la búsqueda inicial de la verdad resulta una finalidad y nada más, y si en definitiva si la verdad por cuestiones ajenas al estado no se persiguió en el proceso, es posible que la intención del legislador no invada este momento.

De acuerdo a lo que vengo sosteniendo, el problema de la verdad de los hechos debe situarse en el siguiente estadio procesal: el dictado de la sentencia. En este

⁴⁴ “El 16 de octubre de 1939 (el año XVII después de la Marcha sobre Roma) Grandi, ministro de justicia italiano, se dirigió a la comisión de las Cámaras legisladoras diciendo: “El juez el órgano al que el estado confía la función esencial de aplicar la ley por medio del procedimiento. En el fondo de la cuestión está el renovado concepto de la dignidad y de la autoridad del Estado fascista y de sus órganos, para los cuales no sería concebible que el juez asista, espectador impasible y, alguna vez, impotente, como si fuese un árbitro en un campo de deporte que se limita a contar los puntos y controlar que sean observadas las reglas del juego, a una lucha que afecta, por el contrario, directamente a la celosa y a la más alta función y responsabilidad del estado. Es necesario, por tanto, que el juez tenga una precisa dirección del proceso, una posición preeminente y reguladora” Montero Aroca, Juan: “La jurisdicción en el proceso civil”, “Teoría unitaria del proceso” AAVV, Editorial Juris, Pág. 237, año 2001, Rosario, Argentina.

momento es cuando el juzgador se formula el siguiente interrogante: en caso de duda, ¿cuál es su obligación: buscar la verdad jurídica objetiva o directamente rechazar la demanda? Optar por la primera respuesta es asumir la procedencia de las medidas de mejor proveer, si y sólo si las partes resultaron diligentes en el proceso. Optar por la solución alternativa, importa asumir la solución que la teoría unitaria del proceso civil, y deberá rechazar la pretensión del actor por imperio de la extensión del principio de inocencia al proceso civil.

Hasta aquí la pregunta inicial acerca de qué verdad se persigue en el proceso civil debería reformularse por la siguiente: ¿quién es el encargado de perseguir la verdad jurídica objetiva y cuál es la función del Estado?. La respuesta es simple: el Estado debe proveer a las partes las herramientas para la búsqueda de la verdad, pero el juego procesal es exclusivamente de las partes, y el juzgador debe permanecer neutral en este juego por el principio de la igualdad procesal y la imparcialidad del juzgador.

Importancia de la verdad en el proceso civil: en el proceso civil y en cualquier otro proceso judicial la verdad acerca de los hechos resulta imprescindible. El silogismo tiene una premisa mayor y una menor. A los fines que la premisa mayor se aplique correctamente, es menester que la premisa menor surja claramente del mismo proceso. Esta se define como verdadera o falsa. La justicia o no de la decisión es posible que deba medirse en función de la mayor o menor probabilidad que los hechos resulten verdaderos. Sostuve supra que pretender un proceso justo sin base en la verdad es un contrasentido, pero entiendo que es posible corregir tal aserción, aún a riesgo de escándalo. El enunciado debería leerse de la siguiente manera: pretender un proceso justo sin permisión de ofrecer y producir prueba resulta un contrasentido. Sin embargo, existen procesos sin comprobación de los hechos, que es posible adjetivarlos como

justos; éstos procesos son aquellos en que la discusión se circunscribe al derecho aplicable, que son las cuestiones denominadas de “puro derecho”.

El juzgador no se encuentra en condiciones de seguir a pie juntillas la totalidad de los procesos judiciales que se tramitan en su tribunal. En etapa de dictar sentencia, puede advertir que los hechos alegados por las partes que el juzgador presume como reales, no han sido acreditados mediante prueba alguna o la misma resultó insuficiente. En este supuesto la verdad real no coincidirá con la verdad procesal, y nadie debería rasgarse las vestiduras.

En estos casos, la verdad brilla por su ausencia. Nadie se escandaliza por la ausencia de verdad, ausencia de justicia. El juzgador rechaza la demanda sin interesarle si la verdad y la justicia vieron la luz. Si las partes fueron negligentes, el juez no se convierte en parte y aplica las cargas de la prueba sin que le tiemble el pulso. ¿es un juez ella anodino, un juez timorato, o simplemente obedeció el mandato del legislador? En absoluto, es un juez imparcial, imparcial e independiente, veló por el mandato del legislador, y permitió la producción de la prueba, pero no arrasó con las libertades ajenas.

En estos supuestos la verdad no tiene mayor impacto en el proceso civil, por lo cual podemos colegir que un proceso civil es justo aún sin descubrimiento de verdad, dado que se resolvió la contienda con la mera aplicación de la legislación procesal ajustada al sistema dispositivo.

La verdad jurídica objetiva es una aspiración de los justiciables al iniciar el proceso judicial, luego cobra vigor o simplemente se prescinde de ella al sentenciar. La verdad dependerá de la prueba ofrecida en el proceso, si no existió prueba o resultó insuficiente, el juzgador prescindirá de la aspiración a obtener la verdad y decidirá conforme lo indican las normas legales que rigen la prueba.

En tren de llegar a una conclusión, tengo la impresión que el problema de la verdad se encuentra relacionado con la producción o no de prueba en el proceso civil. Si la prueba resultó profusa, es posible que el juzgador se interese por obtener la verdad, y eventualmente intente disipar sus dudas. Si por el contrario, no se produjo material probatorio alguno o fue insuficiente por negligencia de las partes, la verdad le resulta absolutamente indiferente al juzgador y simplemente rechazará la demanda.

En definitiva la verdad jurídica objetiva es una aspiración ideal del legislador y un derecho, una oportunidad del justiciable, nunca una obligación ni una facultad del juzgador. Si es un derecho puede ejercerlo o no. En este caso el juzgador no debe dejar su sitio de tercero imparcial, imparcial e independiente y convertirse en parte, dado que violará las garantías constitucionales de debido proceso e igualdad ante la ley. El proceso civil será justo, cuando el árbitro aplique las normas con la menor discrecionalidad posible.

VI. PROCEDENCIA O IMPROCEDENCIA DE LAS MEDIDAS DE MEJOR PROVEER.

Las medidas de mejor proveer (MPP) tal como sostuve al comienzo, generan menor controversia que la aplicación de las pruebas de oficio.

Las MMP son una facultad que disponen los jueces para aclarar dudas, ilustrarse del caso, o completar información a los fines de formar convicción y fallar correctamente. Desde el garantismo extremo se critica esta posición, dado que sostienen que si el juez tiene dudas, debe rechazar la demanda y de esta manera beneficiar al demandado. Por lo tanto, según esta corriente, la aplicación de las MMP sistemáticamente perjudican al demandado.

Pese a la opinión de la versión más extrema del garantismo, si se considera a las diligencias de mejor proveer como una medida tendiente a ilustrar al tribunal, de

carácter excepcional y sin que implique una manera de suplir la negligencia de las partes, su aplicación resulta menos violenta que la aplicación de las pruebas de oficio.

VI.1. Reglas restrictivas de las medidas de mejor proveer: a los fines de limitar la potestad probatoria de los jueces, la doctrina y la jurisprudencia se han visto en la “Necesidad de limitar semejante poder que “confiadamente se confirió a los jueces y que transforman el proceso en instrumentos de arbitrariedades (Alsina)”. En este sentido se reconocen las siguientes reglas restrictivas:

- a) Que en el litigio las partes hayan sido diligentes en el ofrecimiento y producción de prueba. El juez no puede suplir la negligencia de las partes, ni completar ni integrar el proceso con lo que no fue aportado por las partes.
- b) Que ante la prueba ofrecida por las partes, no surja con claridad la solución al litigio.
- c) Que las medidas se dicten al concluir la causa.
- d) Que en la producción de la medida ordenada para mejor proveer se otorgue participación al interesado.

La aplicación de estas reglas es de vital importancia para la procedencia de las medidas de mejor proveer, pero su aplicación no debería depender de la voluntad del juez, sino que deberían insertarse en la norma, solución que se propondrá infra.

VI.2. Las medidas de mejor proveer en la provincia de Córdoba: en la Provincia de Córdoba, las MMP se encuentran legisladas en el artículo 325 del CPCC que textualmente dispone: *“Una vez concluida la causa, los tribunales podrán, para mejor proveer: 1) Decretar que se traiga a la vista cualquier expediente o documento que crean conveniente para esclarecer el derecho de los litigantes. 2) Interrogar a cualquiera de las partes sobre hechos que estimen de influencia en la cuestión. 3) Ordenar reconocimientos, avalúos u otras diligencias periciales que reputen*

necesarias; 4) Disponer que se amplíe o expliquen las declaraciones de los testigos y en general cualquier otra diligencia que estimen conducente y no se halle prohibida por derecho. Agregadas las medidas para mejor proveer deberá correrse traslado a cada parte por tres días para que meriten prueba”

Las diferencias entre esta norma y el artículo 36 del CPCN son notorias. En primer lugar la norma del CPCN indica que el juez deberá esclarecer la verdad de los hechos, con un claro sentido inquisitivo. El CPCC preceptúa una facultad con la finalidad de “mejor proveer”. Aún si ambas se denominaran pruebas de oficio o medidas de mejor proveer, se trata de cuestiones distintas: por una parte se trata de la típica función de un juez instructor-investigador, con claras obligaciones inquisitivas (CPCN), mientras que en el CPCC es una facultad que dispone un juez que duda a la hora de resolver una causa. Son cuestiones distintas, desde el mismo discurso y también en la práctica.

Las pruebas de oficio entendidas en el activismo fuerte, son verdaderos poderes inquisitivos del juzgador sin limitación alguna.

Las medidas de mejor proveer tal como se encuentran redactadas en el Código Procesal Civil de la Provincia de Córdoba en algún aspecto no ofrecen mayor limitación al juzgador que su prudencia. Sin embargo la doctrina y la jurisprudencia han limitado el poder de los jueces con las reglas restrictivas enunciadas supra. Con estas reglas pareciera que se salvaguardan los principios de igualdad e imparcialidad del juzgador. Digo pareciera puesto que aún con la aplicación jurisprudencial de estas reglas restrictivas, no resulta suficiente para garantizar la igualdad ante la ley y la imparcialidad del juzgador. La razón es que estas reglas no integran la norma y eventualmente pueden ser soslayadas por el juzgador. Por lo tanto el juzgador puede aplicar las MMP con casi idéntico sentido a las pruebas de oficio propias de la versión

fuerte del activismo judicial, con la única diferencia que se despacharían luego de concluido el proceso.

El problema de las MMP es la disparidad de criterios en los Tribunales acerca de su extensión. Algunos aplican las MMP con las reglas restrictivas aludidas supra y otros la aplican en los términos del artículo 36 del CPCN, desnaturalizando las MMP, convirtiéndolas en verdaderas pruebas de oficio.

A continuación se analizan diversos fallos que demuestran la disparidad de criterios de los tribunales, situación que podría evitarse insertando las reglas restrictivas en la norma.

VI.2.a) Criterio que aplica las reglas restrictivas: en el caso que seguidamente se transcribe se aplicaron estas reglas restrictivas: “ *En la especie, el decreto cuestionado apunta a la producción de informes que- según se advierte de las constancias de autos- algunos no fueron ofrecidos por el solicitante del beneficio en el libelo introductorio (informe al Registro Nacional de la Propiedad Automotor y de encuesta ambiental) mientras que otro (informe al Registro General de la Propiedad) no fue diligenciado o cumplimentando (declaración jurada de ingresos del peticionante del beneficio). 2. Con el dictado de medidas para mejor proveer no se puede suplir la omisión y-o negligencia probatoria de alguna de las partes. La vigencia del principio dispositivo gobierna el proceso civil. Las medidas para mejor proveer son de carácter excepcional y sólo proceden en supuestos en que sean estrictamente necesarias y que no puedan suplir las omisiones o negligencias de las partes, pues de lo contrario, afectarían el principio constitucional de igualdad ante la ley. 3. De conformidad con el estado procesal en el que transita la cuestión en debate (listo para dictar resolución) el juicio está signado por la fatalidad de los términos (art. 49 inc. 4 CPCC) y la carga de urgir el procedimiento, a fin de que las diligencias probatorias se practiquen dentro del*

plazo designado al efecto. La negligencia probatoria aparece como la pérdida del derecho a la producción de la prueba cuando el oferente ha ocasionado una demora injustificada en la etapa pertinente, sea por acción o por omisión. 4. Aún cuando alguna de las probanzas ordenadas por el a quo fueran solicitadas por el Ministerio Público de primera instancia, ante la falta de cumplimiento por la parte interesada, queda al descubierto la omisión o negligencia de la parte en este punto. La falta de diligenciamiento de algunas pruebas (que fueron peticionados por el juez en las medidas en debate, constituyen una omisión o negligencia del interesado, que luego no pueden ser suplidas por el director del proceso. 5. El decreto cuestionado que ordena el libramiento de oficios no puede ser convalidado, atento a que ha operado en autos la preclusión procesal y respecto de dichas probanzas es correcto el acuse de negligencia del peticionante. No engasta dicha orden judicial dentro de las previsiones contenidas en el art. 325 inc. 4 CPCC, puesto que no refiere a una disposición que “amplíe o explique” ni declaraciones de testigos ni cualquier otra diligencia que estime conducente. La procedencia de las medidas para mejor proveer dictaminadas en el sub lite implicarían una manifiesta alteración al principio de igualdad procesal en beneficio de una de las partes. Ello así, atento que con aquélla se estaría supliendo la omisión o negligencia de la parte peticionante, quien no diligenció prueba que, si bien alguna la ofreció y otra no, luego al momento de la petición por parte de la Sra. Fiscal de primera instancia, tuvo oportunidad de diligenciar y tampoco lo hizo”⁴⁵

El citado fallo dictado por una Cámara Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba, refleja la totalidad de las reglas restrictivas aludidas. En el mismo, se respeta a ultranza el principio de igualdad ante la ley, prescribiendo que la omisión o negligencia de las partes no pueden ser suplidas por el director del proceso, como se lo denomina en

⁴⁵ Autos “Penfold Guillermo Arturo- Beneficio de litigar sin gastos (Expte Nro. 1.022.084-36) en Semanario Jurídico Nro. 1791 del 27-1-2011.

la sentencia. Claro que esta denominación de “juez director” tiene una acepción diferente al “juez director” del CPCN. En este caso, el Tribunal interpretó la norma en el sentido que propongo en el presente trabajo, pero tal como vengo diciendo no surge de la norma, sino de la doctrina y jurisprudencia.

IV.2.b) Criterio que aplica reglas restrictivas según las circunstancias del caso: En el siguiente fallo se tuvo en cuenta las circunstancias del caso y se relativizaron las reglas restrictivas: “...*En autos corresponde analizar la procedencia de las medidas para mejor proveer cuando la falta de prueba es imputable a las partes (pues cuando la orfandad probatoria no les resulta imputable no existen dudas sobre la procedencia de tales medidas) La doctrina distingue entre la prueba totalmente omitida, la ofrecida extemporáneamente y la propuesta y no diligenciada. Un sector considera que, a fin de determinar la procedencia de las medidas para mejor proveer, existe una mayor gravedad en la negligencia que produce la omisión total de prueba, frente a la omisión parcial, pues, en este último caso, por lo menos ha existido un principio de actividad probatoria que no se dio en el primero. Cuando no se hubiese ofrecido prueba alguna, en principio, el juez no debe por vía de las medidas mencionadas suplir esa omisión grave...5. No se desconoce que un sector se opone terminantemente a que el juez por vía de las medidas referenciadas supla en cualquier grado la negligencia de las partes; empero el juez debe ordenar dichas medidas cuando tenga conocimiento de que el sistema dispositivo ha funcionado incorrectamente, con el propósito de tratar que la “verdad procesal” se aproxime lo más posible a la “verdad jurídica objetiva” (esto es, lo que sucedió en la realidad empírica) siempre y cuando, por ese medio, el juez no sustituya totalmente la negligencia o inactividad de alguna de las partes. 6 Esta conclusión es congruente con el carácter complementario y supletorio de las medidas para mejor proveer, en el sentido de que tienden a completar*

objetivamente la prueba producida; y además a suplir, en cierto grado, la actividad judicial que originariamente corresponde a las partes. En este sentido la CSJN ha sentado como principio que le proceso debe velar por la verdad jurídica objetiva sobre la verdad formal, pues la aplicación literal de normas formales puede llegar a destruir el derecho sustancial y desentenderse de la ponderación de un medio probatorio decisivo”⁴⁶

Obsérvese que en este fallo la cuestión cambia, se aprecia la conducta de las partes, la negligencia menor o mayor y el juzgador se va inclinando hacia las pruebas de oficio, con el aumento de su discrecionalidad. De esta manera, con una misma norma se advierten soluciones diferentes, lo que indica que también admite una interpretación idéntica a las pruebas de oficio.

VI.2.c) Criterio que las equipara con las pruebas de oficio: el TSJ sala laboral equiparó en su resolución medidas de mejor proveer con pruebas de oficio, resolviendo de la siguiente manera: *“El sentenciante, advirtiendo que no se ofreció prueba pericial, no podía desconocer la necesidad de precisar el nivel incapacitante que del infortunio derivó, a riesgo de dictar una resolución inicua. Tenía el deber de buscar la verdad real, principio que debe guiar los pronunciamientos judiciales para arribar a resultados justos. Tratándose de una prueba necesaria a los fines de cuantificar el daño, es un deber del juez el producirla, se insiste, para así arribar a un resultado equitativo, que debe prevalecer sobre los aspectos meramente adjetivos. Que la comprobación de las cuestiones de hecho esté a cargo de las partes, no excusa la indiferencia de los jueces respecto de su verdad objetiva. Están facultados para disponer las medidas necesarias con el fin de esclarecerla. Para que el Tribunal haga uso de estas potestades es necesario que existan circunstancias fáctico jurídicas que,*

⁴⁶ Autos “Remedio de Terraf, Margarita Fadua c. René Alejandro Fortunato Caccia y otros- prepara vía ejecutiva (PVE)- hoy ejecutivo”. Semanario Jurídico Nro. 1816. 21-07-2011.

*como en el subexamen, lo aconsejen. Así, luego de la clausura del debate, se imponía recurrir al cuerpo de peritos oficiales del fuero, como lo autoriza el art. 40 ult. Párr... a fin de que determinaran el grado de incapacidad*⁴⁷. Es cierto que este fallo se dictó en el Tribunal Superior de Justicia de sala laboral, con la diferente tutela que implica la presencia del trabajador como parte, pero también en sede civil se han dictado fallos y decretos de este tenor.

Con el fallo advertimos una posible tendencia a equiparar en todas sus partes a las prueba de oficio con las medidas de mejor proveer. Asumiendo la postura que vengo desarrollando en este trabajo, lo que se pretende justamente es que esa equiparación no se produzca.

VI.3. Identificación en doctrina entre MMP y pruebas de oficio: en la Provincia de Córdoba si bien se las denomina medidas de mejor proveer, algunos autores la asocian o la definen de manera idéntica a las pruebas de oficio, o al menos van marcando una tendencia hacia la identidad.

Vénica afirma que: *“Sin embargo cabe preguntarse, si en el ámbito de una controversia por derechos meramente particulares, podría proceder una m.p.p. en la que si bien se advierte su tendencia a suplir la negligencia probatoria de alguna de las partes, también se vislumbra su palmaria trascendencia para el establecimiento de la verdad jurídica objetiva. En principio la respuesta sería negativa, pues siendo los derechos disponibles, no resulta coherente premiar a quien ha ejercido su derecho en forma negligente o irresponsable y al mismo tiempo castigar a quien cumplió con lo que el rito le exigía, pues ello importaría una evidente violación al principio de igualdad ante la ley. No obstante, cuadra aclarar, que la negligencia en la tarea de acercar el material probatorio, constituye una valoración subjetiva de la conducta de*

⁴⁷ Autos “Arrieta, Alberto c. Juan Calzada y Hno SA”, Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, La Ley Córdoba- 2006-435.

las partes, que debe realizarse no sólo en función de las reglas tradicionales de la fatiga probatoria. En efecto, la práctica judicial y la moderna doctrina, han revalorizado principios que deben regir la conducta procesal de las partes, como los de solidaridad, buena fé, cooperación, moralidad, etc, cuya violación muchas veces provoca una injusticia más palpable y gravosa que la omisión probatoria tradicional...También la negligencia probatoria aparece como un factor poco relevante para evitar el diligenciamiento de una m.p.p. que beneficie al presunto negligente, en los casos en que además de presentarse la medida como trascendental para el establecimiento de la verdad jurídica objetiva, se observa una conducta igualmente irresponsable por parte de la contraria...En definitiva, aún en el caso en que se debatan derechos disponibles, la procedencia de una m.p.p. no sólo dependerá de si la misma supe o no la inactividad probatoria de una de las partes, sino que también deberá repararse en la trascendencia de tal medida para arribar a la verdad jurídica objetiva, y en la conducta que haya desarrollado la parte eventualmente perjudicada con su eventual diligenciamiento a la luz de los revalorizados principios que rigen el comportamiento de las partes en el proceso”⁴⁸.

Si bien existen diferencias entre pruebas de oficio y medidas de mejor proveer, especialmente en cuanto a obligatoriedad, finalidad y oportunidad, las medidas de mejor proveer pueden ser utilizadas con el mismo espíritu que las pruebas de oficio. De esta manera estas diligencias para mejor sentenciar pueden convertirse en pruebas de oficio, quebrando los principios procesales de igualdad e imparcialidad, con la consiguiente violación de las garantías constitucionales de los justiciables. Estos quiebres ya se analizaron en el apartado referido a las pruebas de oficio, a los cuales me remito.

⁴⁸ Venica, Oscar Hugo: Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba, Tomo III, pag. 122 y ss. Editorial Lerner, Octubre de 1999.

Por lo tanto las medidas de mejor proveer que prevé el artículo 325 del CPCC pueden conducir a una aplicación idéntica a las pruebas de oficio, razón por lo cual estimo pertinente acotar el margen de libertad o de discrecionalidad del juzgador, completando la norma con las reglas restrictivas ya analizadas. Entiendo que la norma debe ser completa, para de esta manera garantizar los derechos del justiciable a un juez imparcial y a ser tratados como iguales.

VII. LA SOLUCION ESPAÑOLA. LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL ESPAÑOLA (LEC) Y LAS MEDIDAS DE MEJOR PROVEER

Dado que se coincide con los postulados de la teoría garantista, se analizará el modelo español que en la reforma de la LEC del año 2000 importó la adopción de un claro perfil dispositivo eliminando las medidas de mejor proveer, sustituyéndolas por las denominadas “diligencias finales”. Es cierto que desde el título, parece que las medidas de mejor proveer resultaron extirpadas del ordenamiento procesal español, pero en algunos aspectos se advierte una influencia del activismo judicial.

El modelo español interesa analizarlo puesto que es uno de los pocos que no adopta el sistema inquisitivo, acentuando el rasgo dispositivo del proceso civil, siendo una prueba de ello, la supresión de las MMP.

En la exposición de motivos se explica que *“la ley suprime las denominadas “diligencias para mejor proveer” sustituyéndolas por unas diligencias finales, con presupuestos distintos de los de aquéllas. La razón principal para este cambio es la coherencia con la ya referida inspiración fundamental que, como regla, debe presidir el inicio desarrollo y desenlace de los procesos civiles. Además es conveniente cuanto refuerce la importancia del acto del juicio, restringiendo la actividad previa a la sentencia a aquello que sea estrictamente necesario. Por tanto, como diligencias finales sólo serán admisibles las diligencias de pruebas, debidamente propuestas y admitidas*

que no se hubieren podido practicar por causas ajenas a la parte que las hubiera interesado. La ley considera improcedente llevar a cabo nada de cuanto se hubiera podido proponer y no se hubiera propuesto, así como cualquier actividad del tribunal que, con merma de la igualitaria contienda entre las partes, supla su falta de diligencia y cuidado. Las excepciones a esta regla han sido meditadas detenidamente y responden a criterios de equidad, sin que supongan ocasión injustificada para desordenar la estructura procesal o menoscabar la igualdad de la contradicción”

Considero que si bien se han eliminado las medidas de mejor proveer y agregado finalmente unas diligencias finales, la LEC del año 2000, tal vez involuntariamente registra normas si no inquisitivas, cuanto menos podrían perjudicar la igualdad ante la ley y tal vez perjudicar el principio de imparcialidad judicial.

El artículo 429 de la LEC dispone: *...Cuando el tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos lo pondrá de manifiesto a las partes indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria. Al efectuar esta manifestación, el tribunal, ciñéndose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos, podrá señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere convenientes. En el caso a que se refiere el párrafo anterior, las partes podrán completar o modificar sus proposiciones de prueba a la vista de lo manifestado por el Tribunal.*

Se advierte que esta norma tiene una clara injerencia del juzgador. De una manera u otra, influye en el rumbo del proceso al indicar qué hechos no se acreditaran por insuficiencia probatoria. Pareciera que mediante esta norma se le permite al juzgador indicar cuál de las partes esta por incurrir en negligencia, indicando las maneras de evitar la pérdida de su derecho. Asimismo también podrá señalar la prueba

conveniente a los fines de acreditar las pretensiones de ambas partes. Luego de ello las partes disponen de un plazo para ofrecer las pruebas que juzguen conveniente. Esta norma no debería integrar una legislación procesal con base en el sistema dispositivo. El juez inclina - involuntariamente- la balanza a cualquiera de las partes. Es cierto que es una facultad, pero lo que se trata es de evitar la pérdida de imparcialidad por parte del juzgador. En este caso, sin caer en la figura del juez instructor, este juez que indica insuficiencias y sugiere soluciones, si bien no las ejecuta motu proprio, les brinda la solución a las partes. Más que director del proceso, está dirigiendo la prueba de alguna de las partes, confundiendo en algún sentido con su consultor técnico. Con la aplicación de esta norma es posible que se afecte el principio del juez imparcial y la igualdad ante la ley. El juez ya se introdujo en el material fáctico y ya se encuentra impregnado de las pretensiones de las partes. Es difícil que el juzgador al analizar la causa no se formule mentalmente una hipótesis de cómo sucedieron los hechos. De esta manera tratará de indicar las pruebas que a su juicio respaldaran su propia hipótesis. El juez de este modo resigna imparcialidad y se confunde con la parte. Es muy probable que el juez sea absolutamente impenetrable, que no se formule ningún tipo de hipótesis y se maneje con total prudencia a la hora de indicar estas pruebas. Aún si así fuera, lo que desde ya resulta muy difícil, la sospecha de parcialidad ya se habría instalado y es lo que no se puede dar el lujo de permitir. Con esta mera sospecha se viola el derecho de defensa de las partes y también el debido proceso conforme a la Constitución Nacional. Es cierto que esta solución brindada por la LEC parece una solución inteligente. Este juez no investiga, no instruye, no procesa, apenas sugiere, pero esta sugerencia es letal para un proceso que pretende ser bilateral e igualitario. Es cierto que la mera sugerencia no importa despliegue de actividad probatoria, pero para un abogado avezado alcanza para detectar lo que el Tribunal

quiere, y si omitió ofrecer prueba en debida forma y de acuerdo a su pretensión, está en condiciones de ofrecer prueba inclinando el fiel de la balanza para su parte. Aún si luego el abogado no diligencia la prueba y esta caduca, el proceso se tiñó de parcialidad. La solución española es acertada en cuanto que el juez no investiga ni dicta prueba de oficio, pero esta sugerencia malogra el principio de imparcialidad, ya que puede surgir la mera sospecha de parcialidad, inadmisibles en un debido proceso judicial.

En definitiva esta novedosa norma de la LEC no resulta de aplicación en un sistema dispositivo, pese a que en una primera mirada la novedad seduce.

Luego la LEC innova al suprimir las medidas de mejor proveer o diligencias de mejor proveer, sustituyéndola por unas diligencias finales. Así el artículo 435 de la LEC dispone: *Sólo a instancia de parte podrá el tribunal acordar diligencias de mejor proveer conforme a las siguientes reglas:*

1º. No se practicarán como diligencias finales las pruebas que hubieran podido proponerse en tiempo y forma por las partes, incluida las que hubieran podido proponerse tras la manifestación del tribunal a que se refiere el apartado 1 del artículo 429.

2º. Cuando por causas ajenas a la parte que la hubiese propuesto, no se hubiese practicado alguna de las pruebas admitidas.

3º. También se admitirán y practicarán las pruebas pertinentes y útiles, que se refieran a hechos nuevos o de nueva noticia, previstos en el artículo 286.

4º. Excepcionalmente el Tribunal podrá acordar, de oficio o a instancia de parte, que se practiquen de nuevo pruebas sobre hechos relevantes, oportunamente alegados, si los actos de prueba anteriores no hubieran resultado conducentes a causa de circunstancias ya desaparecidas e independientes de la voluntad y diligencia de las

partes, siempre que existen motivos fundados para creer que las nuevas actuaciones permitan adquirir certeza sobre aquellos hechos.

El espíritu de esta norma encuadra en el sistema dispositivo. En primer lugar indica que las medidas de mejor proveer o diligencias finales se despachan exclusivamente a instancia de parte, lo que importa asumir un claro sistema garantista. Si las partes no instan las diligencias, se encuentra vedado al juez despacharlas, salvo la excepción que prevé la norma.

VIII. EL MODELO QUE SE PROPONE

En este trabajo se rechaza la aplicación de las pruebas de oficio en los términos del artículo 36 CPCN y también las medidas de mejor proveer tal como se encuentran legisladas en el artículo 325 CPCC.

De acuerdo a los argumentos utilizados en el presente estudio surge con claridad que adhiero a los postulados de corriente garantista, con algunas diferencias, sosteniendo que el sistema dispositivo es el que mejor se adecúa a los postulados de la Constitución Nacional.

Queda pendiente proponer un modelo diferente y es lo que se intentará en este apartado.

VIII.1. Sistema procesal: el sistema que debe regir el proceso civil es el sistema dispositivo. La prueba debe ser ofrecida y producida exclusivamente por las partes. El juez no debe encontrarse obligado a esclarecer la verdad de los hechos y por tal razón no debe librar pruebas de oficio.

VIII.2. Deberes del juez en caso de ausencia o deficiencia de prueba: en caso de orfandad probatoria o de producción deficiente de prueba por causa imputable a las partes (negligencia probatoria), el juez debe aplicar las reglas de la carga de la prueba y si correspondiere las cargas probatorias dinámicas.

Las reglas de las cargas de la prueba solucionan el problema del non liquet que pesa sobre el juez. En caso de ausencia o deficiencia de prueba corresponde su aplicación. Por esta razón se debe analizar el concepto de carga de la prueba y las cargas probatorias dinámicas que permiten en algunos casos evitar soluciones injustas.

VIII.3. Carga de la prueba: entiendo que el concepto de carga de la prueba se encuentra en crisis desde que el sistema inquisitivo resurge y comienza a regir en diversos códigos procesales. Lo curioso es la convivencia de conceptos excluyentes tales como “sistema dispositivo y deber de instrucción del juzgador”, “pruebas de oficio y carga de la prueba”.

La carga de la prueba contiene una regla de conducta o de juicio para el juzgador, quien debe aplicarla cuando una de las partes omitió acreditar el hecho que es el sustento fáctico de la norma jurídica que invoca en su favor. Pues bien, esta regla resulta aplicable exclusivamente en el sistema dispositivo, en el que la aportación y producción de la prueba corresponde a las partes. En defecto del actuar diligente de la parte, el juez no se encuentra obligado a desplegar actividad probatoria, sino que su obligación consiste en aplicar esta norma de juicio general y abstracta, y subsumirla en el supuesto de hecho. Si la conducta de la parte fue diligente, su pretensión será acogida y si fue negligente, el juez aplicará la regla de marras y rechazará la demanda.

En la legislación procesal con rasgos inquisitivos la obligación de esclarecer la verdad corresponde tanto a las partes como al juez y por lo tanto, la carga de la prueba subsiste, sin perjuicio de la producción de prueba oficiosa.

Pareciera que este enunciado es un tanto contradictorio: en mi opinión el concepto de pruebas de oficio excluye carga de la prueba. El sistema procesal debe ser coherente. En el dispositivo quienes deben ofrecer y producir su prueba son las propias partes en cumplimiento de este imperativo de su propio interés. Por lo tanto, el principio

de igualdad se concreta cuando los únicos que acreditan los hechos son las partes. Si el material probatorio es escaso o nulo, el juzgador aplicará la carga de la prueba y dirimirá la cuestión.

Este sistema perdería su coherencia si además de las cargas de la prueba, el juzgador tuviere la obligación de despachar pruebas de oficio. Si es una obligación, torna irrelevante la teoría de la carga de la prueba. La regla pierde sentido, puesto que si el juez se encuentra obligado a producir prueba, no deberá aplicar la carga de la prueba. Igual temperamento se le debería aplicar a las partes: si el juzgador se encuentra obligado a despachar prueba de oficio, las partes no se encuentran obligadas a producir prueba. Aún en caso de negligencia, en el sistema activista debería primar la obligación de esclarecer la verdad de los hechos. Ahora si el juzgador arbitrariamente, en un proceso aplica las cargas de la prueba y deja sin prueba a un justiciable y en otro similar despacha pruebas de oficio, su conducta será arbitraria, dado que habría violado el principio de igualdad procesal.

Por lo tanto, un sistema es coherente si y solo si se conjugan sistema dispositivo, principios del sistema y carga de la prueba.

En definitiva, si lo que se persigue es un sistema procesal coherente, se debe tener en cuenta que carga de la prueba y prueba de oficio son incompatibles. Diferente es el caso, que se analiza infra de las medidas de mejor proveer. Esta es una facultad del juez para clarificar las probanzas de la causa y sentenciar correctamente, no una obligación de esclarecer la verdad de los hechos. Mediante las MMP bien entendidas – lo que se logra aplicando reglas restrictivas- el juez aplica las reglas de la carga de la prueba y acude a estas medidas en caso de duda, sin suplir la inactividad procesal de las partes. Por lo tanto, carga de la prueba y MMP resultan compatibles para funcionar en un mismo sistema.

El garantismo critica a las cargas probatorias dinámicas por diversas cuestiones, pero entiendo que la crisis de la carga de la prueba no se plasma ante el advenimiento de las cargas probatorias dinámicas, sino ante la obligación del juez de esclarecer la verdad de los hechos mediante el despacho de pruebas de oficio.

VIII.4. Cargas probatorias dinámicas y sistema dispositivo. Compatibilidad: el instituto de las cargas probatorias dinámicas *“importa un apartamiento excepcional de las normas legales sobre la distribución de la carga de la prueba, a la que resulta procedente recurrir sólo cuando la aplicación de aquella arroja consecuencias manifestamente disvaliosas. Dicho apartamiento se traduce en nuevas reglas de reparto de la imposición probatoria ceñida a las circunstancias del caso y renuentes a enfoques apriorísticos (tipo de hecho a probar, rol de actor o demandado, etc). Entre las referidas nuevas reglas se destaca aquella consistente en hacer recaer el onus probandi sobre la parte que está en mejores condiciones profesionales, técnicas o fácticas para producir la prueba respectiva”*⁴⁹.

La aplicación de esta teoría si bien repercute en la doctrina de las cargas de la prueba no la deroga ni la convierte en letra muerta. Este instituto se generó a los fines de evitar la renuncia consciente a la verdad jurídica objetiva, mediante la aplicación rígida y mecánica de las cargas de la prueba. Las cargas probatorias dinámicas según el activismo judicial encaminan a hacer brillar el valor justicia, tratando de priorizar las normas sustanciales por las normas procesales a los fines de lograr una tutela judicial efectiva. Sin perjuicio de la polémica sobre este instituto, se entiende que la repercusión en la igualdad y la imparcialidad judicial no solo es insignificante en comparación a las

⁴⁹ Eisner Isidoro: “Desplazamiento de la carga probatoria”, Revista Jurídica Argentina La Ley, 1994-C-846.

pruebas de oficio, sino que cualquier posible mella en las garantías constitucionales puede neutralizarse si se las utiliza correctamente.

En mi opinión, es posible tratar a las cargas probatorias dinámicas como una nueva regla de la carga de la prueba, que funciona en cada caso concreto y de la siguiente manera: quien se encuentre en mejores condiciones de probar, carga con la obligación de acreditar los hechos. Hasta aquí nada extraño, se invierte el onus probandi, como sucede en diversos supuestos y no se perjudica a ninguna de las partes. El que “alega prueba” se invierte en diversos procesos judiciales y nadie se rasga las vestiduras. Ocurre en los procesos ejecutivos, en el derecho del consumidor y otras ramas del derecho. Lo que preocupa es la incertidumbre del justiciable, y la posible discrecionalidad del juzgador. Si esta regla se encontrara inserta en la norma positiva, no habría mayores inconvenientes, se acudiría a la norma y se resolvería el problema.

La cuestión es que la norma que debe regular el caso no debe ser una norma abierta e inoportuna que deje al arbitrio del juzgador la determinación de cuál de los justiciables “era” quien se encontraba en mejores condiciones de probar. La norma debería indicar que en caso de reclamo de responsabilidad contractual, se desplaza la carga probatoria. Si así fuera, no se vislumbraría afectación alguna al derecho de defensa de las partes. El riesgo que se advierte en la doctrina de las cargas probatorias dinámicas es precisar el momento en que el justiciable toma conocimiento que se desplazó la carga probatoria. Si lo conoce antes de la apertura a prueba, insisto en que no debería haber problema alguno, no existe mella en el derecho de defensa ni afectación al debido proceso. Ahora si mediante la sentencia se entera que se encontraba en mejores condiciones de probar y se lo condena por su inactividad en la fase probatoria, se produce un claro menoscabo en su derecho a la defensa en juicio.

En relación a esta inquietud, Eisner afirma que *“hay que evitar esa no querida emboscada y ello podrá tener lugar si imponemos al juez el deber de anticipar su criterio en tema de distribución de la prueba de modo que el ahora cargado sepa con seguridad que la jurisdicción espera su aporte probatorio – dinámico, solidarista y de colaboración exigida- bajo pena de aceptarse la afirmación fáctica de su contrario. La audiencia del art. 125 bis del Código Procesal o la proyectada “audiencia preliminar” serán el momento en que el juez advertirá a cada litigante acerca del esfuerzo probatorio que de cada uno se espera en razón de las particulares circunstancias de cada causa. La administración de justicia alcanzará así sus mejores resultados y ninguno de los justiciables podrá decirse lesionado por causa del desplazamiento de la carga probatoria”*.⁵⁰ Sigue sosteniendo el citado autor que *“Se estima que la invocación judicial oficiosa al momento de sentenciar de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas o de concepciones afines, puede prima facie entrañar algún riesgo para la garantía de defensa en juicio. Empero, tal aplicación quedaría coonestada por constituir aquella un corolario de las reglas de la sana crítica en materia de valoración de la prueba: preceptos que pueden y deben merituar los tribunales. Además, contribuye en el mismo sentido la normativa legal que consagra la posibilidad de apreciar la conducta procesal de las partes. Igualmente la audiencia preliminar (oportunidad en que se advertirá a ambas partes sobre los especiales esfuerzos probatorios que deberán encarar) eliminaría el riesgo indicado.”*⁵¹.

Si se resolviera de esta manera el desplazamiento de la carga probatoria dinámica sería virtualmente una nueva regla sobre carga de la prueba, más aún, si se legisla que en determinados supuestos se desplaza la obligación de allegar al proceso material convictivo.

⁵⁰ Eisner Isidoro: “Desplazamiento de la carga probatoria”, La Ley, T.1994-C-848.

⁵¹ Eisner Isidoro: “Desplazamiento de la carga probatoria”, La Ley, T. 1994-C-849.

Es posible que se sostenga también que no es obligación del juez anunciar el desplazamiento de la carga probatoria. El argumento podría ser el siguiente: asumiendo que la doctrina de las cargas dinámicas probatorias ya se encuentra instalada en doctrina, las partes deberían ser siempre diligentes en la producción de la prueba, teniendo en cuenta su posible aplicación. Máxime si se tiene en cuenta lo que se desprende del principio de colaboración procesal. Asimismo la obligación de anticipar el desplazamiento podría generar dilatación del trámite procesal, y alguna ventaja para quien haya sido advertido del desplazamiento. Si fuera una obligación del juez anticipar la inversión del onus probando, se podría nulificar la sentencia en supuesto de infracción de tal obligación.

Sin perjuicio de tales argumentos, en mi opinión, el desplazamiento de la carga probatoria, debe encontrarse claramente legislado o eventualmente dada la amplia gama de casos en que puede ocurrir, el juzgador debe indicar con antelación a la fase probatoria si se produce el desplazamiento de cargas. De esta manera el litigante conoce que pesa sobre sí mismo acreditar el hecho y será diligente en la producción de la prueba, evitando la sorpresa de una sentencia condenatoria por aplicación de una carga que desconocía. Si se pretende soslayar este anuncio mediante la aplicación del principio de colaboración, es posible que se perjudique el derecho de defensa de las partes.

Opino que el desplazamiento de la carga probatoria, puede afectar la igualdad ante la ley, dado que el Tribunal puede provocar el desplazamiento arbitrariamente. Si el afectado resulta notificado con antelación suficiente de la decisión del juzgador de desplazar la carga, el daño es menor. En definitiva la teoría de la carga probatoria dinámica no afecta la garantía de igualdad ante la ley, siempre que el desplazamiento sea conocido con antelación por quien cargará con el peso de la prueba.

VIII.5. Facultades del juez en supuestos de dudas surgidas a la hora de sentenciar. El modelo que se propone: resta analizar la conducta del juez en caso de dudas a la hora de sentenciar, sin que medie negligencia de las partes en la producción de la prueba. Sostuve que las pruebas de oficio en los términos del artículo 36 del CPCN resultan improcedentes e igual suerte corren las medidas de mejor proveer previstas en el artículo 325 del CPCC por su imprecisión y vaguedad. Por lo tanto es menester asumir una postura en relación a la función del juez en supuesto de duda generada en el material probatorio, teniendo presente la diligencia de las partes.

A tal fin entendí procedentes tres posibles soluciones: la primera consiste en aplicar la solución prevista en el garantismo extremo que rechaza la aplicación de las medidas de mejor proveer; la segunda radica en la aplicación de una norma similar a las diligencias finales que prevé la LEC española, y la tercera y que hago propia, es limitar las clásicas medidas de mejor proveer, mediante la inserción de las reglas restrictivas aludidas supra.

VIII.5.a) Supresión de medidas de mejor proveer: la primera alternativa en caso de duda del juzgador es la siguiente: suprimir las medidas de mejor proveer, dado que estas benefician siempre al demandante en perjuicio del demandado. Botto Oakley fundamenta su opinión de la siguiente manera: *“Pensemos en las hipótesis posibles de concurrir cuando se decreta una de estas medidas: a) Si el juez no tiene dudas o bien si tiene convicción probatoria de los fundamentos de la acción, dará lugar a la demanda en cumplimiento de su deber. Aquí es innecesario decretar medidas para mejor resolver. b) Si tiene dudas o falta de convicción probatoria de los fundamentos de la acción en cumplimiento de ese mismo deber, rechazará la demanda. c) Si decreta medidas para mejor resolver, pueden darse los siguientes resultados. c1) Que no se cumpla dentro del plazo legal y se deje sin efecto o en términos legales, se tenga por no*

decretada. En este caso, volviendo a su estado anterior a decretarla, el juez debe rechazar la demanda y por lo tanto ningún efecto o cambio provocó el decretarla, en cuanto a los resultados del juicio. Situación y resultado: Rechazo-Rechazo. c2) Que el resultado de la medida decretada sea neutro, es decir, que no favorezca ni perjudique a ambas partes del proceso. También en este caso el juez deberá rechazar la demanda y tampoco existe efecto o cambio alguno del estado del resultado del juicio anterior a decretarla. Situación y resultado: rechazo-rechazo. c3) Que el resultado de la medida favorezca al demandado. En este situación tampoco existe alteración o cambio del resultado del juicio. Antes iba a rechazar la demanda por falta de convicción probatoria para condenar. Ahora la rechazará igualmente porque la prueba rendida por esta vía favorecerá al demandado. Situación y resultado: rechazo- rechazo. c4) Que el resultado de la medida favorezca al demandante. Aquí habrá un manifiesto cambio en el resultado del juicio; de rechazarse la demanda por falta de convicción probatoria para dar lugar a la acción (en rigor procesalmente pretensión) a acogerse la demanda por adquirirse convicción probatoria para dar lugar a ella en razón precisamente de esta nueva prueba rendida por esta vía. Situación y resultado: rechazo- ha lugar. Visto así, parece legítimo preguntarse si esta situación implica o no, mantener la vigencia y respeto del principio procesal y constitucional de imparcialidad del juez, si al decretar estas medidas puede potencialmente favorecer sólo a una de las partes del proceso en cuanto a sus resultados. El demandante y nunca favoreció a la otra el demandado”⁵².

El argumento brindado por el autor citado, no resulta descabellado ni mucho menos. No deja el menor resquicio para la parcialidad del juez, quien debe sentenciar aplicando a rajatabla las cargas de la prueba. Si existen dudas de algún tipo, debe

⁵² Botto Oakley, Hugo: “Inconstitucionalidad de las medidas para mejor proveer”. Editorial Juris, Rosario, Marzo de 2004, pág. 99.

rechazar la demanda por el imperio del principio de inocencia, al igual que en el proceso penal. Esta solución se descarta dado que se le priva al juzgador de llegar a la verdad objetiva del caso, de alcanzar la justicia del caso, siendo que puede disponer de herramientas útiles sin afectar principios constitucionales.

VIII.5.b) Medidas de mejor proveer despachadas a instancia de parte: la segunda posible solución es similar a las diligencias finales de la LEC. Las medidas de mejor proveer se deben dictar únicamente a instancia de parte. La cuestión de la instancia de parte también resulta elogiada, pero choca contra una realidad. Ante cualquier negligencia de alguna de las partes, todos solicitarán sistemáticamente las medidas de mejor proveer por las dudas, al punto, que en cada alegato, cuando la parte advierta alguna debilidad en su prueba, instará la producción de las MMP y el juez deberá expedirse, lo que provocará una extensión del proceso que compromete la duración razonable del mismo.

VIII.5.c) La solución que se escoge: inserción de reglas restrictivas en la norma que regula las MMP: propongo la siguiente norma que debería reemplazar tanto al art. 36 del CPCN como al artículo 325 del CPCC. La solución es simple se insertan las reglas restrictivas que surgieron de la doctrina y jurisprudencia a las clásicas medidas de mejor proveer, tomando algunos elementos de las diligencias finales de la LEC. Con la inserción de estas reglas se logran claras ventajas: en primer lugar se acota la discrecionalidad del juez y el posible dictado de resoluciones arbitrarias, puesto que debe ajustarse a lo prescripto por las reglas insertas en la norma positiva. En segundo lugar, se beneficia a las partes diligentes en un todo conforme con el sistema dispositivo: si no existió negligencia de las partes y subsisten dudas, el juez se encuentra facultado para lograr esclarecer la verdad de los hechos. Por último, en caso de exceso del juzgador, las partes no deben acudir a criterios jurisprudenciales o

doctrinarios, acuden directamente a la norma y por lo tanto, se encuentran en condiciones de interponer los recursos pertinentes.

La norma propuesta es la siguiente:

Una vez concluída la causa, los tribunales podrán, para mejor proveer despachar las medidas probatorias que seguidamente se detallan.

- 1) Las pruebas admitidas pero no practicadas ni ingresadas al proceso por cuestiones ajenas a las partes.*
- 2) Las pruebas pertinentes y útiles que se refieren a hechos nuevos previstos en este cuerpo legal.*
- 3) Excepcionalmente el Tribunal podrá acordar, de oficio o a instancia de parte, que se practiquen de nuevo pruebas sobre hechos relevantes, oportunamente alegados, si los actos de prueba anteriores no hubieran resultado conducentes a causa de circunstancias ya desaparecidas e independientes de la voluntad y diligencia de las partes, siempre que existen motivos fundados para creer que las nuevas actuaciones permitan adquirir certeza sobre aquellos hechos.*

Con la finalidad anterior el tribunal podrá:

- a) Decretar que se traiga a la vista cualquier expediente o documento que crean conveniente para esclarecer el derecho de los litigante.*
 - b) Ordenar reconocimientos, avalúos u otras diligencias periciales que reputen necesarias.*
 - c) Disponer que se amplíe o expliquen las declaraciones de los testigos y en general cualquier otra diligencia que estimen conducente y no se halle prohibida por derecho. Agregadas las medidas para mejor proveer deberá correrse traslado a cada parte por el plazo de 5 días.*
- 4) El tribunal no podrá suplir la negligencia de las partes.*

- 5) *Las medidas de mejor proveer tendrán carácter excepcional.*
- 6) *Las medidas de mejor proveer serán diligenciadas en un plazo de 10 días.*

IX. CONCLUSIONES FINALES:

- 1) El rol del juez en el proceso civil debe ser activo, sin inmiscuirse en la base fáctica ni en el material probatorio. Las pruebas deben ser ofrecidas y diligenciadas por las partes sin intervención alguna del juzgador.
- 2) El proceso civil debe regirse por el sistema dispositivo, sin matiz inquisitivo alguno. Es el sistema procesal que garantiza las garantías constitucionales de igualdad ante la ley, defensa en juicio y el debido proceso.
- 3) El garantismo se funda en el sistema dispositivo-acusatorio, mientras el activismo judicial se funda en el sistema inquisitivo con un aumento considerable de las facultades del juez que conducen al autoritarismo.
- 4) El juez debe ser imparcial, imparcial e independiente.
- 5) Las pruebas de oficio resultan improcedentes puesto que afectan los principios de igualdad e imparcialidad, con mella en el debido proceso, el derecho de defensa en juicio y la igualdad ante la ley.
- 6) Las medidas de mejor proveer resultan procedentes si se las limita con la inserción de las reglas restrictivas en la norma que las regula. De lo contrario pueden aplicarse de manera idéntica a las pruebas de oficio, afectando los derechos y garantías aludidos.
- 7) La solución propuesta garantiza la igualdad ante la ley, el derecho a la defensa en juicio y la imparcialidad del juzgador. La inserción de las notas restrictivas limita el posible arbitrio del juzgador. Si bien no garantiza la obtención de la verdad jurídica objetiva ni la justicia material, brinda herramientas al juzgador

para formar convicción y dictar una sentencia justa, sin afectar los derechos y garantías de las partes.

X. BIBLIOGRAFIA:

Abellana Román: “Potestades probatorias de los jueces”, Semanario Jurídico, T. 95-2007-A.

Acosta, José V.: “Visión jurisprudencial de la prueba civil”, Tomo I, Rubinzal Culzoni editores, Buenos Aires, año 1996.

Alsina, Hugo: “Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial”, Ediar, Buenos Aires, año 1958.

Alvarado Velloso, Adolfo: “El garantismo procesal”, Revista Jurídica “La Ley”, miércoles 15 de Diciembre de 2010, Pág. 2.

Alvarado Velloso, Adolfo: “Los sistemas procesales” en “El debido Proceso”, Editorial Ediar, año 2006.

Alvarado Velloso, Adolfo: “El juez, sus deberes y sus facultades”, Ediciones Depalma, Buenos Aires, año 1982.

Alvarado Velloso, Adolfo: “Introducción al estudio del Derecho Procesal”, Primera y Segunda parte, Rubinzal Culzoni editores, Buenos Aires, año 1997.

Alvarado Velloso, Adolfo: “La imparcialidad judicial y el sistema inquisitivo” “Proceso civil e ideología” AAVV, Tirant Lo Blanch, Valencia 2006.

Álvarez Gardiol, Alejandro: “Introducción a una teoría general del derecho. El método jurídico”, Astrea, año 1986.

Arazi, Roland: “El ocaso de las teorías sobre la carga de la prueba”, LL-2000A-1041.

Arazi Roland: “La prueba en el proceso civil. Teoría y práctica”, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, año 1986.

Barberio, Sergio J.: “Cargas probatorias dinámicas ¿qué debe probar el que no puede probar?”, JA, 2003-II fascículo núm. 11.

Barberio, Sergio J.: “La imparcialidad judicial” en “Activismo y Garantismo procesal”. AAVV, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba”, año 2009.

Barbosa Moreira, José Carlos: “El neoprivatismo en el proceso civil” “Proceso civil e ideología” AAVV, Tirant Lo Blanc , Valencia 2006.

Benabentos, Omar A: “Teoría general unitaria del derecho procesal” Editorial Juris, Marzo de 2001.

Bentham, Jeremías: “Tratado de las pruebas judiciales”, Valetta Ediciones, Buenos Aires, año 2002.

Berizonce, Roberto Omar: “Fin social del proceso y la importancia de los hechos”, Pág. 51 en “Los hechos en el proceso civil”, AAVV , editorial La Ley, año 2003.

Bertolino, Pedro Juan: “El exceso ritual manifiesto”, 2da. Edición, Librería Editorial Platense, año 2003.

Bobbio, Norberto: “El problema del positivismo jurídico”, “Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política”, México, año 2004.

Botto Oakley, Hugo: “Inconstitucionalidad de las medidas para mejor proveer”. Editorial Juris, Rosario, Marzo de 2004.

Briseño Sierra, Humberto: “Derecho Procesal”, Segunda Edición, Colección Juristas Latinoamericanos, Industria editorial mexicana (Harla), México DF, México, año 1995.

Calamandrei Piero: “Elogio de los Jueces”, Librería El Foro Buenos Aires, Octubre de 2008.

Calamandrei, Piero: “Instituciones de Derecho Procesal Civil”, Ediciones Jurídicas Europa-América (EJEA), Buenos Aires, año 1986.

Carbone, Carlos: “Antecedentes de Alemania y España. Nuevos horizontes de cargas probatorias dinámicas: desde el activismo judicial hasta los casos por discriminación,

servicios telefónicos, productos elaborados, fraudes societarios, calificadoras de riesgo, etc.”, JA 2003-II fascículo núm. 11, p.40.

Carrió, G: “Notas sobre derecho y lenguaje”, citado por la 4ª ed., corregida y aumentada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, año 1990.

Colombo, Carlos J., Álvarez Juliá, Luis, Neuss, Germán R. J., y Porcel Roberto J.: “Curso de Derecho Procesal Civil”, Tomo I, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, año 1992.

Couture, Eduardo J. “Fundamentos del Derecho Procesal Civil” ,4ta. Edición, Argentina, año 2004.

De Santo, V.: “El proceso civil”, Tomo II, Eudeba, Buenos Aires, año 1988.

Devis Echandía, Hernando: “Compendio de la prueba judicial”, Tomo 1, Editorial Rubinzal Culzoni, año 2000.

Eisner, Isidoro: “Desplazamiento de la carga probatoria”, La Ley, T. 1994-C-846.

Ferrajoli Luigi: “Derecho y Razón”, Teoría del Garantismo Penal, Editorial Trotta, 3ra. Edición, año 1998.

Ferreya de De La Rúa, Angelina y Gonzalez de La Vega de Opl, Cristina: “Lineamientos para un Proceso Civil Moderno”, Ediar Editora, Buenos Aires, año 1997.

Gascón, M.: “Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba”, Marcial Pons, Madrid, año 1999.

Giannini Leandro J.; “Principio de colaboración y carga de la prueba”; la Ley 2010-F-1136.

González Atilio Carlos: “Estudios de Derecho Procesal” V. III p. 83 y ss. Edit. Ad Hoc, Buenos Aires, Argentina 1992.

González Castro, Manuel: “Facultades probatorias de oficio; las medidas para mejor proveer”, Ponencia presentada en el Primer Congreso Nacional de Derecho Procesal

Garantista, celebrado en la ciudad de Azul, provincia de Buenos Aires, los días 4 y 5 de noviembre de 1999.

Gozaini, Osvaldo: “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, comentado y anotado, tomo I Editorial Jurídica La Ley, año 2006.

Gozaini, Osvaldo: “Teoría General del Derecho Procesal, jurisdicción, acción y proceso”, Ediciones Ediar, Buenos Aires, año 1996.

Gozaini, Osvaldo: “Problemas actuales del derecho procesal. Garantismo vs. Activismo judicial”, www.cijuso.org.ar/docs/Gozaini_Osvaldo.doc.

Herrero, Luis René. “El derecho a ser oído. Eficacia del debate procesal”, en “Debido proceso”, AAVV Rubinzal Culzoni, pág. año 2003.

Jiménez, María Eugenia; “Poderes instructorios del juez. Medidas para mejor proveer. Activismo judicial vs. Garantismo. Nuevas tendencias y recaudos.” CSJN, Revista Argentina La Ley Córdoba, pág. 137 año 2010.

Junyent Bas, Graciela: “La búsqueda de la verdad jurídica objetiva en el proceso civil en Córdoba. Nuevas tendencias”. Editorial Alveroni, Córdoba, Febrero de 2002.

Kielmanovich Jorge L. Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Editorial Lexis Nexis- Abeledo Perrot , Tomo I.

La Ley Córdoba- 2006-435: Autos “Arrieta, Alberto c. Juan Calzada y Hno SA”, Tribunal Superior de Justicia de Córdoba.

La Ley, 1979-A 148, R. DJ 979-J-9-39).CNC, Sala A, 1978-09-26, “Pereira Felipe M. c. De Santis, Pedro y otros”.

Meroi Andrea, “La imparcialidad judicial”, en “Activismo y garantismo procesal” Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba”, año 2009.

Monteleone Girolamo: “El actual debate sobre las orientaciones publicísticas” “Proceso civil e ideología” AAVV, Tirant Lo Blanch, Valencia 2006.

Montero Aroca, Juan: “Ideología y proceso civil. Su reflejo en la “buena fe procesal”, Revista de derecho procesal contemporáneo, Editorial Ediar, Buenos Aires, Argentina, Julio de 2006.

Montero Aroca, Juan: “Sobre el mito autoritario de la “buena fe procesal” , en “Proceso Civil e ideología” AAVV, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, España año 2006.

Montero Aroca, Juan: “Los poderes del juez en el proceso civil. Las ideologías autoritarias y la pérdida del sentido de la realidad” en “Teoría unitaria del proceso”, AAVV, editorial Juris, Rosario 2001.

Montero Aroca, Juan: “Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los poderes del juez y la oralidad”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, España, año 2001.

Montero Aroca, Juan: “La prueba en el proceso civil”, 2ª ed., Ed. Civitas, Madrid, España, año 1998.

Montero Aroca, Juan: “El proceso Civil llamado “Social” como instrumento”, en “Proceso Civil e ideología” AAVV, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, España, año 2006.

Montero Aroca, Juan: “La jurisdicción en el proceso civil” en “Teoría unitaria del proceso” AAVV, Editorial Juris, año 2001, Rosario, Argentina.

Morello, Augusto: “La prueba. Tendencias modernas”, librería Editora Platense-Abeledo Perrot, P. 101, Buenos Aires, año 1991.

Oteiza, Eduardo: “El principio de colaboración y los hechos como objeto de la prueba. O probare o soccombere. ¿Es posible plantear un dilema absoluto”, en “Los hechos en el proceso civil”, AAVV Editorial La Ley, año 2003.

Palacio, Lino Enrique: Derecho Procesal Civil, Tomo IV, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires 3 de Enero de 1992.

Palacio, Lino Enrique: Manual de Derecho Procesal Civil, Decimocuarta Ed. Actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, año 1998.

Peyrano, Jorge W.: “El proceso civil, principios y fundamentos”, Ed. Astrea, Buenos Aires, año 1978.

Peyrano, Jorge W.: “Código procesal civil y comercial de Santa Fe, análisis doctrinario y jurisprudencial”, Ed. Juris, Rosario, Argentina.

Peyrano, Jorge W.: “Doctrina de las cargas probatorias dinámicas”, LL, 1991-B-1034.

Peyrano, Jorge W.: “Sobre el activismo judicial” en “Activismo y Garantismo Procesal”, Academia nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba”, año 2009.

Peyrano, Jorge W.: “Procedimiento Civil y Comercial 1. Conflictos procesales.” Editorial Juris, Junio de 2002.

Peyrano, Jorge W.: “El juez y la búsqueda de la verdad en el proceso civil”, La Ley 2011-A-1087.

Peyrano, Jorge W.; “El principio de cooperación procesal”. La Ley 2010-A-1062.

Picó I Junoy, Joan: “La prueba en el anteproyecto de L.E.C.”, Joan Picó Junoy Director, Presente y futuro del proceso civil (obra colectiva), Bosch editor, Barcelona, España, año 1998.

Picó I Junoy, Joan: “El derecho a la prueba en el proceso civil”, Bosch, Barcelona, España, año 1996.

Picó I. Junoy, Joan: “El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado”. Proceso Civil e Ideología, AAVV, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, año 2006.

Rosenberg, Leo: “La carga de la prueba, Ed. B de F, 2ª edición en castellano, año 2002.

Ságües Nestor Pedro: “Activismo versus Garantismo. A propósito de la producción de pruebas y medidas precautorias de oficio en la acción de amparo ambiental”, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM.

Semanario Jurídico Nro. 884, 15-5-92, p. 72.

Semanario Jurídico Nro. 1791 del 27-1-2011: Autos “Penfold Guillermo Arturo- Beneficio de litigar sin gastos (Expte Nro. 1.022.084-36).

Semanario Jurídico Nro. 1816. 21-07-2011: Autos “Remedio de Terraf, Margarita Fadua c. René Alejandro Fortunato Caccia y otros- prepara vía ejecutiva (PVE)- hoy ejecutivo”.

Superti Héctor: “La imparcialidad judicial”, ponencia presentada en el primer congreso nacional de derecho procesal garantista, Azul, Bs. As. Argentina,

Superti Héctor: “La garantía constitucional del juez imparcial” en “El debido proceso”, Editorial Ediar, año 2006.

Taruffo Michele: “Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa”, La Ley 2010-D-1219.

Taruffo Michele: “La prueba de los hechos”, Editorial Trotta, segunda edición, Madrid, año 2005.

Taruffo Michele: “Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil”, Editorial Temis S.A., Colombia, año 2006.

Venica, Oscar Hugo: “Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba”, Tomo III, Editorial Lerner, Octubre de 1999.