

XIII CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL GARANTISTA

23 y 24 de octubre de 2014

AZUL – ARGENTINA

LA PRUEBA JUDICIAL EN UN PROCESO REPUBLICANO

APORTES DESDE EL GARANTISMO PROCESAL

**LA ACTUACIÓN OFICIOSA DEL JUZGADOR EN MATERIA PROBATORIA
DENTRO DE LOS PROCESOS EN QUE SE DEBATEN CUESTIONES
REGIDAS POR EL ORDEN PÚBLICO**

Por: Jorge Omar Mostajo Barrios

*“...el proceso sólo es medio pacífico de debate – y no
método de investigación – como se lo ve hoy en la
mayoría de nuestros países – y que la función primordial
de los jueces es procurar y asegurar la paz social”.*

Adolfo ALVARADO VELLOSO

I. INTRODUCCIÓN

Este año (2014) vieron la luz simultáneamente las ediciones en español, francés e inglés de la obra de Michel FOUCAULT *“Obrar Mal, Decir la Verdad. La función de la confesión en la justicia”*, dicha obra esboza cómo el instituto medieval de la confesión llega a la modernidad por medio del proceso como un método de encontrar la *verdad*, demostrando que algunas formas del proceso inquisitivo medieval perviven aún hasta la modernidad, así se encuentre mimetizadas bajo diversas denominaciones, tal es el caso del orden público.

FOUCAULT establece que “en el proceso inquisitivo encontramos ... una suerte de muy extraña mezcla entre la constatación de una prueba y la corroboración de una verdad mediante un sistema de demostración: en este

caso, el testimonio del sujeto sobre sí mismo es a la vez el establecimiento de una verdad y una prueba”¹.

Históricamente, el sistema procesal inquisitivo-inquisitorio tenía por característica su idéntica estructura formal con la misa, se crea la noción de ritual judicial, donde la actividad del Juez o Sacerdote era la de averiguar la verdad por medio de la investigación del pecado, los hechos o el delito; por lo cual, la confesión era la mejor forma de encontrar la verdad. Es así que la intervención del juez como investigador podía ser reducida a la actividad de tortura².

En la Edad Media surge la creencia de que la verdad podrá ser obtenida por medio del proceso, cuando dicho aspecto no constituye más que un silogismo entre los hechos y las pruebas que crea una “verdad procesal aproximada, en razón de la imposibilidad de formar un criterio seguro de verdad. La certeza que se alcanza, por ende, es la expresión de un ideal inalcanzable”³. Teniendo la certeza de que la verdad es inalcanzable en la realidad, el *decisionismo judicial* crea conceptos ficticios e incluso obscurantistas como la *verdad material* y el *orden público* para legitimar su teoría.

La base de este debate será entre las teorías que sostienen que el proceso busca la *verdad material* y protege el *orden público* por medio de un juez investigador y los sistemas que sostienen que el proceso es un medio para procurar y alcanzar la paz social. En sí, el debate entre los sistemas de enjuiciamiento inquisitivo-inquisitorial y dispositivo-acusatorio.

Las características y diferencias entre los sistemas de enjuiciamiento inquisitivo-inquisitorial y dispositivo-acusatorio se estructuran en cada modelo de proceso de acuerdo al rol del juez y la actividad de las partes, regulándose

¹ FOUCAULT, Michel. *Obrar Mal, Decir la Verdad. La función de la confesión en la justicia*, Editorial Siglo XXI, Buenos Aires, 2014, p. 221.

² TEDESCO, Ignacio. *El Acusado en el Ritual Judicial. Ficción e imagen cultural*, Editorial del Puerto, Buenos Aires, 2007, p. 129.

³ *Ibíd.*

respecto a estos últimos las cargas como sujetos procesales en la resolución del conflicto.

En cada uno de los sistemas de enjuiciamiento, la prueba ha ocupado un lugar fundamental, al constituirse en el eje central de la formación de la convicción del juez sobre los derechos y hechos alegados por las partes. La diferencia entre uno y otro sistema está ligada al objeto, naturaleza y finalidad del proceso.

En el proceso civil moderno, el juez es considerado un tercero imparcial y dentro de un modelo de Estado de Derecho, su actividad se circunscribe los conflictos de intereses entre los particulares, siendo de la exclusiva atribución de las mismas la iniciativa probatoria y la definición de la pretensión en el proceso.

Sin embargo, el juez no solamente es imparcial sino imparcial al no ser parte del proceso ni tener pretensión en el mismo. ALVARADO VELLOSO sostiene que un “acusador y un acusado; un pretendiente y un pretendido; un actor y un demandado; y un tercero que por ser tal, no puede ser ni el primero, ni el segundo. El tercero que, siendo juez hace su profesión y más un medio de vida su calidad de tercero no puede ser ni uno ni otro. Ello llevo algún día a sostener que la primera calidad del juzgador es su imparcialidad, no es parte del proceso porque, si lo es, es acusador o acusado. Es demandante o demandado”⁴.

La labor del juez en el proceso civil moderno debería estar alejada de cualquier forma de intervención en la actividad probatoria, la cual es de exclusiva atribución de las partes, al ser su único papel decidir las pretensiones de las mismas en base a sus pruebas, sin ninguna consideración acerca de la búsqueda de la *verdad material*.

⁴ ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *El Garantismo Procesal*, Conferencia pronunciada en el I Congreso nacional de Derecho Procesal Garantista, Azul, 4 y 5 de Noviembre de 1999. Ver en: <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/view/19/54>; ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *El Debido Proceso de la Garantía Constitucional*, Zeus, Rosario, 2003. ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Lecciones de Derecho Procesal Civil. Compendio del Libro Sistema Procesal: Garantía de la Libertad adaptado a la legislación procesal de la Capital Federal y de la Provincia de Buenos Aires por Gustavo Calvino*, Buenos Aires, 2010.

El filósofo norteamericano Richard RORTY, parafraseando a FOUCAULT, ya alertaba que la noción de verdad no era más que el instrumento del poder y que hay que preguntarse que se encuentra detrás de las *pancartas de Verdad y Justicia*⁵, misma pregunta que debemos hacernos en la búsqueda de la verdad realizada por el juez por medio de la prueba oficiosa o la misma definición de *orden público*.

La necesidad de encontrar la verdad y la evolución del Estado modificaron las formas de enjuiciamiento, bajo la premisa que el juez es el garante del *orden público*, dicho precepto no podía estar alejado del proceso civil, aun cuando en el mismo se sólo se analicen intereses privados.

De esta forma, se creará un *nuevo* paradigma asignando al juez la posibilidad de producir prueba de oficio en el proceso civil, regulándola incluso como un Deber-Poder de la autoridad judicial para lograr la *verdad y la justicia* teniendo cómo escenario de fondo el *orden público*. Siendo lo más curioso de la definición de orden público que dependerá del Estado en el que nos encontremos otorgar un significado a la misma.

Quienes defienden la actividad oficiosa del juzgador sostienen que “no se puede desconocer la nobleza del instituto, cuya finalidad radica, en obtener un fallo más justo o más acorde a la realidad de los hechos. Prevalece el carácter publicista del proceso como instrumento de tutela jurídica, cuyo fin último es lograr la realización del calor justicia sobre los intereses particulares de los sujetos...”⁶.

Esbozada la introducción al debate, el presente trabajo tiene por objeto analizar la actuación oficiosa del juzgador en materia probatoria dentro de los procesos en que se debaten cuestiones regidas por el *orden público*, para tal efecto, primero se analizarán los sistemas procesales dispositivo-acusatorio e inquisitivo-inquisitorial, su relación con la prueba y el objeto del proceso civil dándose énfasis en el rol del juez como tercero imparcial e imparcial.

⁵ RORTY, Richard y Engel PASCAL. *¿Paraqué sirve la verdad?*, Editorial Pidos, Buenos Aires, 2007, p. 16.

⁶ LANDONI SOSA, Ángel (Director). *Código General del Proceso. Comentado, anotado, con jurisprudencia*, Vol. 2A, Editorial BdeF, Montevideo – Buenos Aires, 2013, p. 592.

II. SISTEMAS DE ENJUICIAMIENTO

1. ESTRUCTURA DEL SISTEMA DE ENJUICIAMIENTO

Para poder analizar la actividad oficiosa del juez respecto a la prueba, primero debemos analizar la estructural del sistema de enjuiciamiento para determinar su relación con el sistema procesal, existiendo una relación género especie respecto a dichos términos.

Sobre dicho tema Calvino refiere: “dentro del género sistema de enjuiciamiento, puede presentarse tanto un sistema procesal como un modelo o sistema procedimental”⁷, el sistema procesal debe ser analizado desde el Derecho procesal y el concepto de proceso, debiendo hacerse su énfasis principal en la posición del juez y las partes respecto del mismo, por lo cual, existirán tanto sistemas procesales como procedimentales dependiendo si el sistema normativo regula un proceso o un simple procedimiento.

El proceso se genera a partir de conductas humanas —incluso omisivas— de sujetos, que se conectan por medio de un procedimiento y que se exteriorizan canalizándose por algún medio de expresión respetando ciertas condiciones de lugar, tiempo y forma⁸.

La segunda nota constitutiva del proceso es la serie, estructura que tiene su importancia no sólo por vincular ordenadamente conductas y proyectividad, sino porque contribuye con el dinamismo de las instancias bilaterales. Se trata no de cualquier tipo de serie, sino específicamente de una serie lógica, que se presenta siempre de una misma e idéntica manera, careciendo de toda significación el aislamiento de uno cualquiera de sus términos o la combinación de dos o más en un orden diferente al propio de la serie. Lo lógico de la serie procesal es su propia composición, ya que siempre habrá de exhibir cuatro

⁷ CALVINHO, Gustavo. *El Sistema Procesal de la Democracia*, UPRI de la Universidad Mayor de San Andrés, La Paz – Bolivia, 2013, p. 74.

⁸ CALVINHO, Gustavo. “La diferencia conceptual entre proceso y procedimiento: piedra angular para construir el garantismo procesal”. En: <http://gustavocalvino.blogspot.com/2012/12/la-diferencia-conceptual-entre-proceso.html>

fases —ni más ni menos— en un orden determinado: afirmación-negación-confirmación-evaluación⁹.

En cambio es necesario resaltar que el procedimiento no es otra cosa que una sucesión de conexiones de actos jurídicos de distintos sujetos; no es la mera sucesión, ni tampoco basta con la referencia a los actos, pues debe resaltarse la conexión, dado que la sucesividad de conexiones es lo procedimental¹⁰.

Habiéndose delimitado lo que se entenderá por proceso y procedimiento corresponde analizar los sistemas procesales dispositivo-acusatorio y el inquisitivo-inquisitorial para denotar sus características.

2. SISTEMA DISPOSITIVO-ACUSATORIO

El sistema dispositivo en materia civil o acusatorio en materia penal, fue históricamente el primer sistema que se creó¹¹. “Es un método bilateral en el cual dos sujetos naturalmente desiguales discuten pacíficamente en igualdad jurídica ante un tercero imparcial que actúa en carácter de autoridad, aplicando reglas preexistentes al debate para, llegado el caso sentencia sobre toda pretensión discutida”¹².

Se puede afirmar que tanto el proceso civil como el penal tienen un origen común, eliminar la violencia de la contención entre partes y asignar a un tercero la posibilidad de solución del conflicto.

En su génesis griega, en el sistema dispositivo-acusatorio “ningún proceso podía llevarse a cabo sin la figura de un acusador que imputara un hecho delictivo concreto. La falta de éste actor dentro del procedimiento, o el

⁹ Ibídem.

¹⁰ Ibídem.

¹¹ Los dos procesos más famosos de la antigüedad, a Cristo y Sócrates fueron realizados en base al sistema acusatorio, para analizar sus características, estructura del tribunal y fundamentalmente el fallo: LAURI MEDRANO, Gregorio. *El Proceso de Sócrates*, Editorial Trotta, Madrid, 1998; BURGOA ORIHUELA, Ignacio. *El Proceso de Cristo*, 9ª Edición, Editorial Porrúa, México, 2010.

¹² ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Lecciones de Derecho Procesal Civil. Compendio del Libro Sistema Procesal: Garantía de la Libertad adaptado a la legislación procesal Uruguaya por Gabriel Valentín*, La Ley Uruguay, Montevideo, 2011, p. 72.

abandono del caso dejaría impune el delito. Los griegos no consideraban que un juicio pudiera desarrollarse sin ésta función primordial”¹³.

Una de las curiosidades más grandes que se puede encontrar en su estructura es que para asegurar el proceso o avalar su continuidad, se exigía al acusador un depósito de caución¹⁴.

El sistema dispositivo-acusatorio debe su popularidad al hecho de que cualquier ciudadano adquiriría la posición de acusador por su propia voluntad, no existía todavía la noción del orden público que obligue al Estado en constituirse en parte del proceso, menos aun la obligación de acusar del mismo.

En el proceso penal en Grecia y Roma se caracterizaba por su naturaleza privada, los sujetos procesales, el inicio y el juicio eran ajenas a la intervención pública¹⁵. Sin embargo, tal situación cambió en la época del Imperio donde tras sucesivas modificaciones de la *accusatio* fueron provocando su extinción, Augusto inició su decadencia por medio de la *judicia publica extra ordinem* en las que él o un consejo juzgaban los crímenes de gravedad, poco a poco “el poder jurisdiccional pasó de las manos del pueblo a las del emperador y los ciudadanos perdieron la habilidad de conducir la acusación, que recayó en órganos estatales con ampliar libertades para desarrollar esa tarea”¹⁶. El Estado iniciaba su presencia en el proceso para no dejarlo nunca más.

Volviendo a la esencia del sistema dispositivo-acusatorio, se puede establecer que el Juez tiene el carácter de un árbitro imparcial, por tanto, no podía de oficio iniciar la causa, tramitarla, menos aún producir pruebas porque correspondía al interesado realizar la defensa de sus derechos.

¹³ CASTEX, Francisco. *Sistema Acusatorio Material. Una investigación sobre los fundamentos del querellante autónomo*, Editorial del Puerto, Buenos Aires, 2013, p. 17.

¹⁴ *Ibíd.*

¹⁵ AMBOS, Kai. “Principio y proceso acusatorio desde una perspectiva histórica”, en: *Derecho Penal Contemporáneo*, Legis Editores, Chile, 2009, p 7.

¹⁶ CASTEX, Francisco. *op. cit.* p. 26.

En éste sistema, el dominio del proceso está reservado a las partes y corresponde a las litigantes de modo exclusivo el ejercicio de la acción y el planteamiento de la pretensión procesal, ellos fijan la cuestión litigiosa, ellos determina los hechos que respaldan sus pretensiones procesales, ellos son los que presentan los medios probatorios que convienen a sus pretensiones, ellos tiene la exclusiva facultad de impugnar las decisiones judiciales.

El Juez desempeña un papel esencialmente pasivo que sólo espera el momento de sentencia para atribuir la victoria a quien hubiera acreditado mejor los fundamentos de su pretensión.

Las críticas a este tipo de proceso establecen que se “reduce a una relación de derecho privado que sólo interesa a las partes quienes se sirven del Estado para satisfacer ese interés”¹⁷, lo cual, sin duda es cierto porque la finalidad del proceso es servir como un método para solucionar un conflicto y lograr la paz social no ser un método fin en sí mismo, similar lógica puede ser aplicada a la existencia misma del Estado.

ALVARADO VELLOSO aclara que “un proceso se enrola en el sistema dispositivo cuando las partes son dueñas absolutas del impulso procesal (por tanto, ellas son quienes deciden cuándo activar o paralizar la marcha del proceso), y son las que fijan los términos exactos del litigio a resolver afirmando y reconociendo o negando los hechos presentados a juzgamiento, las que aportan el material necesario para confirmar las afirmaciones, las que pueden ponerle fin al pleito en la oportunidad y por los medios que deseen”¹⁸.

Es lógico pensar que como consecuencia de lo anteriormente expresado que el juez carece de todo poder de impulso del proceso y debe aceptar como ciertos los hechos y pretensiones de las partes, así como conformarse con las pruebas que ellas puedan aportar, debiendo resolver la causa ajustándose estrictamente a lo que es materia de controversia en función de lo que fue afirmado y negado.

¹⁷ DONAIRES, Pedro. “Los límites a los medios probatorios de oficio en el proceso civil”, en: <http://www.derechocambiosocial.com/revista009/pruebas%20de%20oficio.htm>

¹⁸ ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *op.cit.*, p. 72.

Tanto el proceso dispositivo civil como para el acusatorio penal, tienen las siguientes características:

- El proceso sólo puede ser iniciado por el particular interesado. Nunca por el juez;
- El impulso procesal sólo es dado por las partes. Nunca por el juez;
- El juicio es público salvo casos excepcionales;
- Existe paridad absoluta de derechos e igualdad de instancias entre actor (o acusador) y demandado (o reo)
- El juez es un tercero que, como tal, es imparcial (no parte), imparcial (no interesado personalmente en el resultado del litigio) e independiente (no recibe órdenes) de cada uno de los contradictores. Por tanto, el juez es persona distinta de la del acusador;
- No preocupa ni interesa al juez la búsqueda denodada y a todo trance de la verdad real – o material – sino que, mucho más modesta pero realísticamente, procura lograr el mantenimiento de la paz social fijando hechos para adecuar a ellos una norma jurídica, tutelando así el cumplimiento del mandato de la ley;
- Nadie intenta lograr la confesión del demandado o imputado, pues su declaración es un medio de defensa y no de prueba, por lo que se prohíbe su provocación (absolución de posiciones);
- Correlativamente exige que, cuando la parte desea declarar espontáneamente, lo haga sin mentir. Por tanto, castiga la falacia;

- Se prohíbe la tortura; El imputado sabe siempre de qué se lo acusa y quién lo acusa y quiénes son los testigos de cargo¹⁹;

Debiéndose hacerse énfasis en que el sistema acusatorio “es el único que se adecua cabalmente con la idea lógica que ya se ha dado del proceso, como fenómeno jurídico irrepetible que une a tres sujetos en una relación dinámica”²⁰.

3. EL SISTEMA INQUISITIVO-INQUISITORIO

La caída del imperio romano a manos de los pueblos bárbaros inauguró un sistema feudal, con un típico sistema de enjuiciamiento, el inquisitivo-inquisitorial. La característica principal del éste sistema, confiscar a las partes su rol dentro del proceso.

La íntima relación entre el Estado y la Iglesia devino en un procedimiento inquisitorial que “retomó el proceso romano imperial en su versión extraordinaria, aquel que investigaba los delitos de lesa majestad (atentado contra el Emperador). A los efectos de la *inquisitio* se habilitó cualquier tipo de método para averiguar la verdad...”²¹.

Al margen de la importancia del juez en este sistema, llama la atención el ingreso del Estado como parte del proceso, en la figura del fiscal, FOUCAULT describe:

“Este curioso personaje que surge en Europa hacia el siglo XII se presentará como representante del soberano, del rey o del señor. Cada vez que hay un crimen, delito o pleito entre individuos, el fiscal se hace presente en su condición de representante de un poder lesionado por el solo hecho de que ha habido delito o crimen. El fiscal doblará a la víctima, pues estará detrás de aquél que debería haber planteado la queja, diciendo: «Si es verdad que este hombre lesionó a este otro, yo,

¹⁹ ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *op. cit.* p. 72.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ CASTEX, Francisco. *op. cit.* p. 26.

representante del soberano, puedo afirmar que el soberano, su poder, el orden que él dispensa, la ley que él estableció, fueron igualmente lesionados por este individuo. Así, yo también me coloco contra él». De esta manera, el soberano, el poder político, vienen a doblar y, paulatinamente, a sustituir a la víctima. Este fenómeno, que es absolutamente nuevo, permitirá que el poder político se apodere de los procedimientos judiciales. El fiscal, pues, se presenta como representante del soberano lesionado por el daño”²².

El sistema inquisitivo-inquisitorio consiste en un “método de enjuiciamiento de carácter unilateral donde la autoridad es su eje dado que tiene plenas facultades para acusar, investigar, probar y juzgar”²³.

El sistema inquisitivo-inquisitorial tiene por características:

- El mismo juez comienza, oficiosamente o por denuncia, las actuaciones del caso y se preocupa por hacer adelantar el juicio mediante el puntual ejercicio del impulso procesal;
- El mismo juez se encarga de buscar las pruebas que le puedan resultar aceptables para lograr el convencimiento de la rectitud de su acusación y, así, poder dormir en paz sin sufrir el peso de un cargo de conciencia por eventuales injusticias cometidas (cuando hay parte interesada también en la producción de alguna prueba, la actividad se cumple igual mediante el ejercicio de las denominadas medidas para mejor proveer);
- El mismo juez –que primero investigó, luego imputó y después probó la imputación– es quien ahora juzga;

²² FOUCAULT, Michel. La verdad y las formas jurídicas, en: Estrategias de Poder, Paidós, Buenos Aires, 1999, p. 212.

²³ CALVINHO, Gustavo. op. cit. p. 82.

- Ya no interesa que el juicio sea escrito u oral, secreto o público. En rigor, el sistema pasa por el papel preponderante que el juez ejerce durante todo el proceso, para poder cumplir el compromiso que –se le ha enseñado– tiene con la Verdad y la Justicia.

Para poder comparar las características de los dos sistemas, es necesario ver su aplicación respecto a las diversas etapas procesales:

Sistema acusatorio (o dispositivo)	Sistema <i>inquisitivo</i>
1) el proceso se inicia sólo por <i>acción</i> del interesado	1) el proceso se inicia por <i>acción</i> (acusación), por <i>denuncia</i> o de <i>oficio</i>
2) el impulso procesal lo efectúan <i>los interesados</i> , no el juez	2) el impulso procesal es efectuado <i>por el juez</i>
3) el acusado (o demandado) <i>sabe</i> desde el comienzo quién y por qué se lo acusa (o demanda)	3) el acusado (o demandado) <i>no sabe</i> desde el comienzo quién ni por qué se lo acusa (o demanda)
4) el acusado <i>sabe</i> quién es el juez	4) el acusado puede <i>no saber</i> quién es el juez
5) el proceso es <i>público</i> , lo que elimina automáticamente la posibilidad de tormento	5) el proceso es <i>secreto</i> , lo que posibilita el tormento

Fuente: ALVARADO VELLOSO Adolfo²⁴

La figura central en el proceso, incluso como parte del mismo, es el Estado por medio de la figura del juez, en cambio en el sistema dispositivo es el humano en cuanto parte del proceso.

Hasta éste punto, queda muy claro que si el proceso privilegia la participación del Estado se constituye en un fin más que en un método para la solución pacífica de los conflictos.

²⁴ ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *op. cit.* pp. 74-75.

Sin embargo, el mito sostenido por el sistema inquisitivo la búsqueda de la verdad, llega también a la modernidad en la búsqueda de la verdad material o bajo el manto de los supuestos sistemas mixtos, por lo cual, corresponde analizar los sistemas procesales en relación con la prueba.

III. EI PROCESO AUTORITARIO Y LA PRUEBA

La división entre el sistema dispositivo-acusatorio e inquisitivo-inquisitorial ha sido demarcada por el papel asignado al juez y a las partes del proceso en relación a la prueba, su iniciativa y práctica.

El sistema inquisitivo-inquisitorial asociado a la edad media también tiene una forma moderna vinculada a los regímenes autoritarios llamado el proceso “*social*”²⁵, ha estado vinculado a la determinación de la verdad material de los hechos como interés superior del Estado en protección del orden público, a lo cual propende toda la actuación del juez.

En dicho proceso, las partes se limitan a cooperar con el establecimiento y realización del orden público estatal, toda iniciativa probatoria queda casi por completo en manos del juez, quien no sólo decide sobre las solicitudes probatorias que llegaren a presentar las partes, sino, ante todo, sobre los elementos de convicción que han sido arrimados a la actuación por su propia iniciativa.

En el siglo XX, bajo el nuevo eslogan de ROCCO citando a WACH “El juez no es la marioneta de la voluntad de las partes”. El juez del Estado autoritario recupera la iniciativa probatoria, asemejando su competencia al medieval juez de la inquisición.

El mito principal sobre el cual descansan los Códigos Procesales inquisitivos y autoritarios es que, la finalidad del proceso civil es la búsqueda del la *verdad material* y la prueba oficiosa tiene por objeto dicha búsqueda.

²⁵ CIPRIANI, Franco. “El proceso civil entre viejas ideologías y nuevos eslóganes” y MONTERO AROCA, Juan. “El proceso civil llamado *social* como instrumento de *justicia* autoritaria” en: MONTERO AROCA, Juan (Coordinador). *Proceso Civil e Ideología*, Tirant Lo Banch Editores, Valencia, 2006, p. 84.

Montero Aroca refuta este mito y establece cuatro argumentos sobre la prueba:

- a) Sólo los hechos afirmados por las partes existen para el juez, éste no puede producir prueba sobre los hechos no alegados por las partes.
- b) Únicamente cuando los hechos alegados por las partes resultan controvertidos es posible realizar actividad probatoria, si no hay controversia el juez las debe tener por ciertas en la sentencia.
- c) La prueba en el proceso civil no comporta una actividad de investigación, sino de mera verificación de aquellos hechos que alegados por las partes resultan controvertidos.
- d) La actividad verificadora de la prueba en materia civil ha de desarrollarse con forme al procedimiento legalmente previsto y no de cualquier forma, no pudiendo admitir prueba ilícita²⁶.

MONTERO AROCA advierte que el modelo dispositivo del proceso civil se erige sobre la concepción del carácter privado prevalente de los intereses en controversia²⁷ dejando únicamente en manos de los particulares toda la tarea de iniciación, determinación del contenido, objeto e impulsión del proceso y producción de las pruebas.

En el sistema dispositivo-acusatorio, sólo las partes del proceso pueden iniciarlo por medio de la demanda, la cual delimita los hechos y el objeto de la prueba, para que el juzgador resuelva uncialmente las pretensiones del actor que hayan sido controvertidas por el demandado.

²⁶ DIEZ-PICAZO GIMENEZ, Ignacio. "Con motivo de la traducción al italiano de la obra de Juan Montero Aroca sobre los principios políticos del proceso civil español", en: MONTERO AROCA, Juan (Coordinador). *Proceso Civil e Ideología*, Tirant Lo Banch Editores, Valencia, 2006, p. 37.

²⁷ MONTERO AROCA, Juan. *La prueba en el proceso civil*, Civitas, Madrid, 2002.

En éste tipo de proceso las partes y no el juez tienen un papel activo y antagónico, pues son ellas las que determinan la existencia misma del proceso hasta la sentencia u otra forma alternativa de solución del conflicto.

El juez circunscribe su actuación a precautelar el cumplimiento de la norma, en las distintas etapas procesales. Al juez le está vedada cualquier iniciativa en materia probatoria, porque sólo resuelve los intereses privados de las partes.

IV. EL PROCESO MIXTO Y LA PRUEBA

La supuesta aparición de sistemas procesales mixtos sostenidas por algunos autores, no es explicada sino en las semejanzas que pueden ser encontradas del mismo respecto al proceso social de origen autoritario.

Algunos autores sostienen que “mundo jurídico actual no puede hablarse de sistemas procesales puros. No hay sistemas puramente dispositivos ni puramente inquisitivos. Hay sistemas con elementos dispositivos e inquisitivos a la vez, predominancia de uno u otro carácter en algunos casos, pero, finalmente, sistemas procesales de tipo mixto”²⁸.

Enfáticamente, sobre la existencia de los supuestos sistemas mixtos, puede llegarse a la conclusión de que la finalidad de “los sistemas dispositivo e inquisitivo son franca y absolutamente antagónicos y que, por razones obvias, no puede hablarse seriamente de una suerte de convivencia entre ellos, aunque resulte aceptable que puedan alternarse en el tiempo conforme a distintas filosofías políticas imperantes en un lugar dado”²⁹.

En materia probatoria es donde se encuentra dicha peculiaridad fundamental porque no podría existir sistema mixto sino inquisitivo-inquisitorial si se otorga facultad probatoria del juez porque dicha posibilidad no se adecúa al sistema dispositivo-acusatorio.

²⁸ RAMÍREZ, Diana. *La prueba de oficio. Una perspectiva para el proceso dialógico civil*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009, p. 48.

²⁹ ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *op. cit.* p.75.

V. EL ORDEN PÚBLICO Y LA PRUEBA

La definición de orden público varía de acuerdo a la época, desde el orden público cristiano preservado por el *Malleus Maleficarum*³⁰ hasta el Tribunal de Orden Público de la dictadura franquista.

El orden público es un concepto jurídico indeterminado y adecuado al caso concreto, por lo cual, debe ser interpretado de acuerdo a la estructura particular del proceso en el cual se utilice dicho instituto.

1. PROCESO SOCIAL Y ORDEN PÚBLICO

El llamado proceso “*social*” de origen autoritario puede ser definido como un instrumento jurídico para satisfacer los intereses sociales con prescindencia de los intereses de los particulares, se busca mantener el orden público como prioridad.

El proceso “*social*” se encuentra bajo el dominio y control de los representantes del Estado dentro de él y le corresponde al Juez un papel activo y puede, como los demás órganos del Estado, promover de oficio la acción procesal.

Los hechos son investigados de oficio por el Juez, quien debe buscar la *verdad real o material* antes que la *verdad formal*. Las impugnaciones de

³⁰ El *Malleus Maleficarum* (Martillo de las Brujas) es probablemente el tratado más importante que se haya publicado en el contexto de la persecución de brujas y la histeria del Renacimiento. Es un exhaustivo libro sobre la caza de brujas, que luego de ser publicado primero en Alemania en 1487, tuvo docenas de nuevas ediciones, se difundió por Europa y tuvo un profundo impacto en los juicios contra las brujas en el continente por cerca de 200 años. Esta obra es notoria por su uso en el período de la histeria por la caza de brujas, que alcanzó su máxima expresión desde mediados del siglo XVI hasta mediados del XVII.

resoluciones pueden ser hechas de oficio, así como también existe una revisión de oficio de las causas.

El proceso “social” es un tipo de sistema inquisitivo, vinculado íntimamente con el autoritarismo, el juez es director del proceso y tiene facultades inherentes a la preparación del material de la causa, así como también a la instrucción de la causa, para la verificación de la verdad de los hechos a que las partes vinculan el nacimiento, la modificación o la extinción de las relaciones jurídicas discutidas.

Sobre el tema de los medios probatorios de oficio, se realiza una profunda crítica sistema dispositivo-acusatorio catalogándolo de *privatista o liberal* estableciendo que en el proceso social no solamente se analizan pretensiones privadas sino en algunos casos situaciones vinculadas con el orden público.

2. PRUEBA DE OFICIO Y ORDEN PÚBLICO

La actividad probatoria se rige por el principio de la carga de la prueba que corresponde a las partes del proceso, bajo el principio de que quien alega los hechos tiene el deber de probarlos.

Sobre las pruebas, las partes tienen que alegar y probar la existencia de los hechos a los cuales vinculan determinados efectos jurídicos, sin embargo, al juez le están reservadas, también en materia de presentación de documentos y de pruebas de los hechos, algunas facultades que vienen de ese modo a integrar la actividad de las mismas.

En la actividad probatoria, el juez tiene la facultad de ordenar la inspección de personas o de cosas, ordenar reproducciones, pedir información a la administración pública, etc., aun existiendo elementos de prueba, y cuando tales elementos no sean suficientes para formar su convicción³¹.

³¹ ROCCO, Ugo. *Fundamentos de derecho procesal civil. Serie Clásicos del derecho procesal civil*, Volumen 1, Editorial Jurídica Universitaria México, 2002, p. 496.

El juez como director del proceso, tiene la potestad de intervenir en la audiencia de conciliación, después de fijar los puntos controvertidos, declarando inadmisibles o improcedentes los medios probatorios, en la audiencia de pruebas, por el principio de inmediatez, actúa personalmente todas las pruebas admitidas para formarse la convicción que le permita expedir una sentencia con plena certeza.

Sin embargo, dicha actividad debería producirse cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción en el juez, en tales casos, ejerciendo la potestad que le confiere la jurisdicción, por resolución debidamente motivada e inimpugnable, podrá ordenar la actuación de medios probatorios adicionales que considere convenientes.

Quienes sostienen esta posibilidad establecen que el juzgador debe tener bastante cuidado en no reemplazar a la parte litigante, quien tiene la carga procesal de probar los hechos alegados como sustento de su pretensión procesal, pues de no probarse estos hechos debe desestimarse su demanda, por tal motivo, el juzgador debe hacer uso de la anotada atribución para esclarecer alguna duda que todavía existiera sobre algún hecho o punto controvertido, siendo la actuación del juez subsidiaria a la actividad probatoria de las partes.

Si bien es cierto que el Juez debe ordenar pruebas de oficio cuando el aportado por las partes resulten insuficientes, también es cierto que dicha iniciativa tiene límites. En primer lugar, la prueba practicada por el juez debe necesariamente limitarse a los hechos controvertidos o discutidos por las partes en virtud de los principios dispositivo y de aportación de parte.

En segundo lugar, para que pueda atribuirse al órgano jurisdiccional la posibilidad de practicar los diversos medios probatorios, es menester que consten en el proceso las fuentes de prueba sobre las cuales tendrá lugar la posterior actividad probatoria.

También, es necesario que en el desarrollo del medio probatorio propuesto por el órgano jurisdiccional se respete, escrupulosamente, el principio de contradicción y el derecho de defensa que todo litigante posee en la ejecución de la prueba.

Lo cierto es que las pruebas de oficio, tienen poca o ninguna cabida en un sistema donde predomina el principio dispositivo. "El predominio del principio dispositivo sobre la iniciativa del juez en la formación de las pruebas, esto es, en la fijación de la verdad de los hechos, se funda también en parte, lo mismo que ocurre con la selección de los hechos que hayan de ser establecidos, en la naturaleza de los pleitos civiles y de los intereses que habitualmente se ventilan en ellos; nadie es mejor juez que la propia parte acerca de las pruebas de que puede disponer, en cuanto a sus intereses individuales. Sin embargo, no cabe desconocer que el comportamiento pasivo del juez en la formación de las pruebas puede parecer menos justificado aquí que en la elección de los hechos, puesto que una vez determinados los hechos que hayan de ser establecidos, el modo de hacerlo no puede depender de la voluntad de las partes, pues no hay más que una verdad"³².

Por lógica surge la idea que la búsqueda de la verdad no es más que una justificación para otorgar iniciativa probatoria al juez en los sistemas donde rige el sistema dispositivo-acusatorio.

Otro aspecto fundamental por el que se niega la actividad oficiosa del juez es su colisión con el precepto nadie puede ser compelido a suministrar pruebas en su contra o en beneficiando al adversario.

Algunos autores sostienen que éste aspecto no podría aplicarse el orden público sino únicamente respecto de intereses privados. Debe entenderse que es de orden público la realización del derecho objetivo sobre la base de la verdad de los hechos.

³² CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones de derecho procesal civil. Serie Clásicos del derecho procesal civil*, Volumen 3. Editorial Jurídica Universitaria, México, 2002, p. 672.

Siguiendo esta corriente, cuando existe un conflicto entre el precepto *nemo tenetur edere contra se* y el orden público: la existencia de una carga procesal de exhibir a la justicia, todos los documentos que los litigantes tengan en su poder y que contribuyan a la demostración de la verdad.

Puede criticarse dichos preceptos al entenderse una abierta ampliación del concepto de orden público que en primer lugar podría utilizarse a cualquier proceso porque el objeto del mismo es llegar a la *verdad y la justicia*, y en segundo lugar se cuestiona dicho contenido al adolecer de una definición de orden público que limite su aplicación.

Llama la atención sobre éste punto que la función del juez en el proceso civil, debe ser la de *director o conductor del proceso*, alejado del *Juez dictador*, propio de los gobiernos autoritarios³³, que le otorgan enormes poderes frente al ciudadano común, en tutela del orden público.

En un Estado moderno es de orden público hacer Justicia y el único medio éticamente aceptable para ese objetivo es el descubrimiento de la verdad, ya que el juez, como órgano del Estado, cuenta con suficientes poderes jurisdiccionales y se halla autorizado para realizar de oficio una amplia averiguación de la verdad del proceso en miras a un interés superior de justicia, sin atender si suple o no la inactividad voluntaria o involuntaria de las partes.

VI. CONCLUSIONES

La actividad probatoria de oficio es un instituto procesal típico del sistema procesal inquisitivo-inquisitorio, llega al siglo XX bajo la forma del llamado proceso “social” y los procesos mixtos que tienen raíz autoritaria.

El sistema inquisitivo-inquisitorio y sus variantes como el proceso social y los procesos mixtos no se adecuan al debido proceso, el cual tiene como base el respeto de las garantías constitucionales.

³³ CONVERSE, Juan Manuel. Poderes del Juez en el Proceso Civil: http://www.ripj.com/art_jcos/artjuridicos/art.12_13_14/poderes%20del%20juez%20pro_civil.htm

Debe corresponder únicamente a las partes producir prueba en el proceso en base a los hechos alegados. No corresponde a un Estado de Derecho tener un juez que produzca prueba.

El sistema dispositivo-acusatorio no puede convivir con un juez que produzca prueba de oficio, así sea en procura del llamado orden público, por tanto, no existen sistemas mixtos.

El orden público es un resabio del proceso inquisitivo utilizado en los procesos de origen autoritario, como el proceso “*social*” y los procesos mixtos.

La definición de orden público varía de acuerdo a la época, ha sido utilizado desde la inquisición hasta las dictaduras totalitarias del Siglo XX. En el proceso civil el orden público sirve como pretexto para que el juez pueda producir prueba de oficio, vulnerando el principio de igualdad procesal y alejándose de su naturaleza de tercero imparcial e imparcial.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *El Debido Proceso de la Garantía Constitucional*, Zeus, Rosario, 2003.
- ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *El Garantismo Procesal*, Conferencia pronunciada en el I Congreso nacional de Derecho Procesal Garantista, Azul, 4 y 5 de Noviembre de 1999. Ver en: <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/view/19/54>.
- ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Lecciones de Derecho Procesal Civil. Compendio del Libro Sistema Procesal: Garantía de la Libertad adaptado a la legislación procesal de la Capital Federal y de la Provincia de Buenos Aires por Gustavo Calvino*, Buenos Aires, 2010.
- ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Lecciones de Derecho Procesal Civil. Compendio del Libro Sistema Procesal: Garantía de la Libertad adaptado a la legislación procesal Uruguay por Gabriel Valentín*, La Ley Uruguay, Montevideo, 2011, p. 72.

- AMBOS, Kai. “Principio y proceso acusatorio desde una perspectiva histórica”, en: *Derecho Penal Contemporáneo*, Legis Editores, Chile, 2009, p 7.
- CALVINHO, Gustavo. “La diferencia conceptual entre proceso y procedimiento: piedra angular para construir el garantismo procesal”. En: <http://gustavocalvinho.blogspot.com/2012/12/la-diferencia-conceptual-entre-proceso.html>
- CALVINHO, Gustavo. *El Sistema Procesal de la Democracia*, UPRI de la Universidad Mayor de San Andrés, La Paz – Bolivia, 2013, p. 74.
- CASTEX, Francisco. *Sistema Acusatorio Material. Una investigación sobre los fundamentos del querellante autónomo*, Editorial del Puerto, Buenos Aires, 2013.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones de derecho procesal civil. Serie Clásicos del derecho procesal civil*, Volumen 3. Editorial Jurídica Universitaria, México, 2002.
- CIPRIANI, Franco. “El proceso civil entre viejas ideologías y nuevos eslóganes” en: MONTERO AROCA, Juan (Coordinador). *Proceso Civil e Ideología*, Tirant Lo Banch Editores, Valencia, 2006.
- CONVERSE, Juan Manuel. Poderes del Juez en el Proceso Civil: http://www.ripj.com/art_jcos/artjuridicos/art.12_13_14/poderes%20del%20juez%20pro_civil.htm
- DIEZ-PICAZO GIMENEZ, Ignacio. “Con motivo de la traducción al italiano de la obra de Juan Montero Aroca sobre los principios políticos del proceso civil español”, en: MONTERO AROCA, Juan (Coordinador). *Proceso Civil e Ideología*, Tirant Lo Banch Editores, Valencia, 2006.
- DONAIRES, Pedro. “Los límites a los medios probatorios de oficio en el proceso civil”, en: <http://www.derechoycambiosocial.com/revista009/pruebas%20de%20oficio.htm>
- FOUCAULT, Michel. La verdad y las formas jurídicas, en: Estrategias de Poder, Paidós, Buenos Aires, 1999.

- FOUCAULT, Michel. *Obrar Mal, Decir la Verdad. La función de la confesión en la justicia*, Editorial Siglo XXI, Buenos Aires, 2014.
- LANDONI SOSA, Ángel (Director). *Código General del Proceso. Comentado, anotado, con jurisprudencia, Vol. 2A*, Editorial BdeF, Montevideo – Buenos Aires, 2013.
- MONTERO AROCA, Juan (Coordinador). *Proceso Civil e Ideología*, Tirant Lo Banch Editores, Valencia, 2006.
- MONTERO AROCA, Juan. “El proceso civil llamado *social* como instrumento de *justicia* autoritaria” en: MONTERO AROCA, Juan (Coordinador). *Proceso Civil e Ideología*, Tirant Lo Banch Editores, Valencia, 2006.
- MONTERO AROCA, Juan. *La prueba en el proceso civil*, Civitas, Madrid, 2002.
- RAMÍREZ, Diana. *La prueba de oficio. Una perspectiva para el proceso dialógico civil*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009.
- ROCCO, Ugo. *Fundamentos de derecho procesal civil. Serie Clásicos del derecho procesal civil*, Volumen 1, Editorial Jurídica Universitaria México, 2002.
- RORTY, Richard y Engel PASCAL. *¿Paraqué sirve la verdad?*, Editorial Pidos, Buenos Aires, 2007.
- TEDESCO, Ignacio. *El Acusado en el Ritual Judicial. Ficción e imagen cultural*, Editorial del Puerto, Buenos Aires, 2007.