

***LA PRUEBA JUDICIAL EN UN PROCESO REPUBLICANO
APORTES DESDE EL GARANTISMO PROCESAL***

**PRINCIPIOS Y REGLAS QUE RIGEN LA ACTIVIDAD DE LA PRUEBA
JUDICIAL.**

Alejandra M. Despontin

1.- Introducción

Me corresponde hablar de los principios y reglas que rigen la actividad de la prueba, tema en el que se han realizados profundos trabajos que no podré igualar, aun así, es mi intención traer a la reflexión algunas cuestiones sobre el tema, en particular atendiendo los cambios legislativos que a nivel procesal se han sucedido en la provincia de Misiones, donde resido y ejerzo la profesión.

Para tal fin y dada la multivocidad que afecta a los distintos vocablos del derecho, realizaremos a lo largo de esta exposición una serie de precisiones terminológicas a fin de poder ubicarnos en cada uno de ellos y que no queden dudas desde donde se los aborda, entendiendo que es la única posibilidad para poder lograr un abordaje científico cualquiera.

2.- De qué hablamos cuando hablamos de principios procesales y reglas técnicas

Adentrarnos en el tema implica abordar en primer lugar las nociones de principios y reglas que rigen el proceso, nociones que han dado lugar –como tantos otros temas- a diferentes respuestas pues en definitiva se engloba bajo dichos títulos distintos temas.

Haciendo una breve recorrida a distintos autores. Por la década de 1970, una interesante revista jurídica del interior, transcribió la versión taquigráfica de una conferencia del profesor Isidoro Eisner para el Colegio de Magistrados de la Provincia de Santa Fe¹, allí los denominó *principios rectores del proceso civil*, como aquellos que al margen de las reglas concretas de los códigos, por encima y debajo de ellas, inspiran las soluciones del legislador y guían a todos los justiciables,² desarrollando luego distintos conceptos.

El recordado maestro oriental Eduardo J. Couture, los llamó *principios formativos del proceso*, y los desprende de los grandes preceptos constitucionales –por ello también hubo de llamarlos *mandamientos procesales*- en torno a los cuales la legislación ordena sus disposiciones, posibilitando que el debate dialéctico que es el proceso, sea ordenado y con igualdad de oportunidades para ambos contendientes.³

Lino Palacio, entiende por ellos, las directivas u orientaciones generales en que se inspira cada ordenamiento jurídico procesal.⁴

Decíamos al comienzo que bajo esta idea se engloban temas diversos, es que ninguna duda cabe que tanto en doctrina como en los usos forenses cuando hablamos de *principios* nos referimos: algunas veces a los sistemas de enjuiciamiento (dispositivo o inquisitivo), a los principios procesales y otras veces a las reglas técnicas del debate o de la actividad de sentenciar.

¹ ISIDORO EISNER, “Principios Procesales”, N°4, julio de 1970, p.47/61, en Revista de Estudios Procesales, del Centro de Estudios Procesales Rosario, bajo la dirección del Dr. ADOLFO ALVARADO VELLOSO; luego publicada en su conocida obra *Planteos Procesales*, de editorial La Ley.

² ISIDORO EISNER, *Planteos Procesales -Ensayos y notas sobre el proceso civil*, La Ley, Buenos Aires, 1984, p. 60.

³ EDUARDO J. COUTURE, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3° ed. póstuma, Depalma, Buenos Aires, 1981, p. 181/2.

⁴ LINO ENRIQUE PALACIO, *Manual de Derecho Procesal Civil*, vol. Tomo I, 7° edición actualizada -reimpresión, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1988, p. 75.

Aclarado ello, y siguiendo al profesor Adolfo Alvarado Velloso entendemos por principios *las líneas directivas e unitarias* -es decir que no admiten una opuesta- que deben ser imprescindiblemente respetadas para lograr el mínimo de coherencia que supone todo sistema; si tales principios se refieren al proceso como método pacífico de debate dialéctico entre dos antagonistas en pie de igualdad ante un tercero que heterocompondrá el litigio⁵; entonces los *principios procesales* no pueden ser sino cinco: a) imparcialidad del juzgador; b) igualdad de las partes litigantes; c) transitoriedad del proceso; d) eficacia de la serie procedimental; y e) moralidad en el debate.⁶

Claro está que si sostuvimos que se trata de líneas directivas imprescindibles, la ausencia de tales principios o de alguno de ellos no estaremos frente a un proceso, sí un procedimiento, pero nunca un proceso verdadero o *debido* es decir acorde a la Constitución Nacional⁷.

No es posible pensar la existencia de un proceso sin un juez imparcial, hace a la esencia de la labor de ellos y se mantiene aún en nuestros días⁸, lo mismo ocurre con los demás principios enumerados.

En síntesis, se trata de directrices que expresa o implícitamente da el legislador (constitucional las más de las veces) para que el método de enjuiciamiento pueda operar eficazmente según la orientación filosófico-política de quien detenta el poder.⁹

⁵ El proceso se trata, al decir del profesor Isidoro Eisner, de un método dialéctico donde enfrentan las razones. Confronta desde su comienzo la tesis con la antítesis, para obtener la síntesis que es la sentencia y, en su caso, la cosa juzgada, que es la paz, el orden, la seguridad. ISIDORO EISNER, *Planteos Procesales -Ensayos y notas sobre el proceso civil*, cit., p. 48 y RDEP, bajo la dirección de ADOLFO ALVARADO VELLOSO: ISIDORO EISNER, "Principios Procesales", cit., p. 48.

⁶ ADOLFO ALVARADO VELLOSO, *Sistema Procesal - Garantía de la Libertad*, vol. Tomo I, 1° ed, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fé, 2009, p. 338/339.

⁷ En síntesis un método de debate respetuoso de los derechos y garantías constitucionales y de los derechos humanos reconocidos en los pactos y tratados internacionales. GUSTAVO CALVINHO, *El proceso con derechos humanos - Método de debate y límite al poder*, La Ley Paraguaya, Asunción, 2011, p. 135.

⁸ *Ibid.*, p. 133.

⁹ ADOLFO ALVARADO VELLOSO, *El garantismo procesal*, 1° ed, Juris, Rosario, 2010, p. 13.

Por el contrario las reglas técnicas, si bien también son líneas directrices, ya no serán unitarias sino binarias, es decir que se trata de pares u opciones antagónicas, de las cuales una de ellas será en cada caso la elegida por el legislador, excluyendo así a la otra pero sin perjuicio que, en cualquiera de los dos supuestos pueda igualmente existir un *verdadero proceso*, o incluso puedan sucederse una opción y luego la otra en el mismo proceso¹⁰ como es el caso de la oralidad o escritura, por sólo referirnos a una regla.

Oportuno es recordar que el tema traído hoy a nuestro estudio posee un alto contenido ideológico, y dependerá del lugar que nos ubiquemos la posición que tomemos, negar tal contenido implicará necesariamente tomar decisiones sin advertir las consecuencias que ellas han tenido a lo largo de la historia.¹¹

3.- De qué hablamos cuando hablamos de prueba

Trasladando estos conceptos a la etapa de la prueba, nuevamente hemos de precisar de manera previa, qué entendemos por tal, recordando que se trata de una de las etapas fundamentales del proceso, cuales son: afirmación, negación, confirmación y, finalmente, alegación.-

Y ya hemos adelantado algo, no hablamos de prueba sino de *confirmación*, puesto que llegamos a esta etapa del proceso en razón de que alguien ha afirmado algo que otro ha negado, de allí que estando cuestionada la primer afirmación sea necesario reafirmarla, y para ello la *confirmamos*, para así lograr cierto grado de convicción en quien nos ha de juzgar.¹²

Nuevamente la cuestión ideológica se hace presente, puesto que según donde nos posicionemos será el papel o el rol que podrá tener el juzgador en esta etapa de *confirmar los hechos*, pues no es lo mismo la tarea de acreditar los

¹⁰ ADOLFO ALVARADO VELLOSO, *Sistema Procesal - Garantía de la Libertad*, cit., vol. Tomo I, p. 346/347.

¹¹ Para ampliar el tema puede consultarse a JUAN MONTERO AROCA, *Ideología y proceso civil – Su reflejo en la “Buena Fe Procesal”*, en AAVV, *El Debido Proceso*, 1° ed., Ediar, Buenos Aires, 2006, p. 251 ss.

¹² ADOLFO ALVARADO VELLOSO, *Sistema procesal - Garantía de la Libertad*, vol. Tomo II, 1° ed., Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fé, 2009, p. 13.

hechos traídos a juicio, que averiguar la verdad real de los hechos ocurridos en el pasado, o lograr cierto grado de convicción.-

A punto tal que los distintos sistemas de enjuiciamiento se distancian en este tema en cuanto sobre quién recae el impulso procesal para hacer avanzar el proceso –incluso y sobre todo en esta etapa- si el juez (inquisitivo) o las partes (acusatorio).¹³

4.- Causa y razón de ser del proceso

Pero para una mejor comprensión del tema, hemos también de repasar algo que todos quienes hemos sido a lo largo de nuestras vidas o al menos en algún momento alumnos del profesor Adolfo Alvrado Velloso lo tenemos por bien sabido, pero no así quienes no han tenido tal suerte.

Nos estamos refiriendo al por qué llegamos al proceso, cuál es su causa. Y ninguna duda es que éste se genera por la existencia de un conflicto en el plano de la realidad social.¹⁴ Conflictos que pueden ser de distinto orden y dar lugar a distintos tipos de soluciones, pero que siempre implican una ruptura en la paz de un contexto determinado.

De allí que cuando se trata de un conflicto de intereses con relevancia jurídica al cual no lo hemos podido solucionar ni las propias partes ni con la ayuda de un tercero, no tendremos otra opción que acudir a la autoridad del estado para recuperar esa paz.

Pero ¿Cómo llevamos ese conflicto ante el magistrado? Y allí comienza la primera cuestión ya que la parte lleva su caso ante un letrado, ante un profesional, caso que le presenta cargado de toda su subjetividad, éste a su vez, seleccionará del caso lo que estima tiene relevancia jurídica para ser llevado ante los estrados para recién luego presentárselo al juez.

¹³ ADOLFO ALVARADO VELLOSO, *Sistema Procesal - Garantía de la Libertad*, cit., vol. Tomo I, p. 160.

¹⁴ Para profundizar la idea de conflicto, consultar: REMO F. ENTELMAN, *Teoría de Conflictos - Hacia un nuevo paradigma*, 1° - segunda reimpresión, Gedisa, Barcelona, 2009, p. 49.

De allí que debamos diferenciar las ideas de conflicto y litigio, éste último será entonces la afirmación hecha en juicio de la existencia de un conflicto de intereses en el plano de la realidad social; como es lógico puede surgir que existan diferencias entre uno y otro o al menos que no exista plena coincidencia entre ambos.

Hasta aquí estamos en la etapa de Afirmación de la serie lógica que supone el proceso, luego vendrá la posibilidad de su Negación, destacando que si el litigio es negado, surgirá la controversia, como la discusión concreta existente en un proceso respecto de un litigio determinado.

Estos conceptos son importantes pues nos traen de nuevo a la etapa de la confirmación procesal, donde confirmaremos los hechos negados del litigio afirmado (y no necesariamente del conflicto).¹⁵

5.- Adentrándonos en los principios procesales que rigen la actividad de la prueba

Consecuentemente con la definición que diéramos *supra*, estimamos que no existen diferencias en los principios según la etapa del proceso en la cual nos encontremos, pues son *líneas directivas e unitarias* que imprescindiblemente hemos de respetar para que nuestro método de debate sea un proceso.

5.1. Imparcialidad del juzgador

Sobre el punto nos distanciamos de los autores que entienden por imparcialidad exclusivamente la ausencia del interés subjetivo del juez en el resultado del proceso; sino que afirmamos que, el juez en tanto tercero imparcial, además debe ser *imparcial*, no ser parte (o se es parte o se es tercero); y finalmente, debe ser *independiente*, es decir actuar sin subordinación jerárquica a

¹⁵ ADOLFO ALVARADO VELLOSO, *Sistema Procesal - Garantía de la Libertad*, cit., vol. Tomo I, p. 38/41.

las partes, o a cualquier otro poder (sea institucional o no)¹⁶; es un hacer, un comportamiento que implica dejar de lado todo prejuicio personal, todo conocimiento privado del asunto, toda influencia externa.

Recordemos que los jueces son parte del poder judicial, único poder del estado contramayoritario, vale decir único reducto al que las minorías pueden recurrir ante un avasallamiento de las mayorías –aun involuntariamente- en un caso concreto.¹⁷

Pero aun cuando consideremos que el litigio puesto a consideración del juez, es una pequeña cuestión entre particulares, la idea de imparcialidad en sentido amplio y con relación a la etapa probatoria supone un juez que se abstenga de suplantar la actividad procesal propia de las partes.¹⁸

Al proceso hemos traído un litigio a resolver –el cual puede o no coincidir con un conflicto que exista en la realidad social- la tarea del juez en esta etapa debe ser expectante a lo que las partes quieran aportar, su tarea de procesar se limita a recibir las instancias de las partes en juicio, en esta etapa cobra

¹⁶ En este punto, no podemos dejar de mencionar un grave acontecimiento ocurrido en nuestro país –Argentina- en oportunidad de las elecciones del representante de los abogados del interior para el Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Nación, en tanto y en cuanto implica un menoscabo a la noción de imparcialidad tal cual la venimos expresando. Dicho organismo es encargado de seleccionar los aspirantes a magistrados de la justicia federal –así como otros funcionarios judiciales federales que requieren para su nombramiento del acuerdo legislativo- más idóneos para tal fin, cumpliendo así con una manda constitucional (CN Art. 16 *Todos sus habitantes son ... admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad*); su composición es variada y plural, entre ellos uno de sus miembros representa a los abogados de la matrícula federal en ejercicio ergo, por ellos es elegido. Como es lógico, integran el padrón de electores, los abogados inscriptos en la matrícula federal correspondiente al interior del país y que no se encuentren suspendidos, inhabilitados o excluidos de la misma (art 2 del Reglamento para elección de los abogados que integrarán el CM). Lo ocurrido en fecha 26 de septiembre de 2014 en diversos puntos del país y, en particular en la provincia que resido –Misiones- consistió en que se presentaron a votar –de hecho diez personas lo hicieron (votos que fueron debidamente impugnados)- miembros del poder judicial provincial –hasta jueces- cuando en rigor de haber sido diligentes, no deberían haber estado en el padrón de electores, ya que al ser integrantes del poder judicial de uno de los estados provinciales, debieron comunicar dicha circunstancia y a consecuente incompatibilidad, a todos los Colegios de Abogados donde se hallaban inscriptos y a la CSJN a cargo de la matrícula federal. El punto fue que con diha actitud se puso en dudas si concurrían o no como consecuencia de una solapada convocatoria a participar a favor de un candidato que gozaba del beneplácito del Poder Ejecutivo Nacional, al que se alinean muchos estados provinciales, y con ello poniendo también en dudas la indispensable independencia por la que deben velar nuestros jueces.

¹⁷ JORGE ALEJANDRO AMAYA, *Control de Constitucionalidad*, 1º, Astrea, Buenos Aires, 2012, p. 187/188.

¹⁸ GUSTAVO CALVINHO, *El proceso con derechos humanos - Método de debate y límite al poder*, cit., p. 133.

fundamental importancia el respeto a las reglas del debate predeterminadas y la noción de cargas procesales.

Esta noción de imparcialidad no es compartida por los partidarios del activismo judicial, quienes proponen la existencia de un juez activo, con el único requisito para ser imparcial de la ausencia de interés personal en el resultado del litigio, de allí que si el juez carece de interés personal, podrá instar medidas de prueba aun cuando sepa que con ellas beneficia a una y sólo una de la partes de la contienda, que recordemos, al ser el proceso un método de resolución de conflictos adversarial necesariamente uno gana y otro pierde¹⁹

Pero en rigor, la imparcialidad no es una mera construcción jurídica sino que tiene una traducción concreta en que el juez debe tener: ausencia de prejuicios de todo tipo; independencia de cualquier opinión, en particular de cualquier sugerencia; no identificarse con ideología determinada; ajenidad a vanidades personales, sean académicas o de figuración periodística, o posibilidad de dádiva, influencia de sentimientos, sean de odio o caritativos; no involucrarse personal o emocionalmente con el tema bajo su estudio; evitar participar en la investigación de los hechos o formación de los elementos de convicción; actuar bajo temor; valerse de su conocimiento personal.²⁰

Tampoco existe duda alguna en cuanto es un derecho humano, reconocido tanto por la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos, toda persona tiene derecho a ser oída por un tribunal imparcial e independiente. En la misma sintonía se ha expresado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Llama la atención en este sentido la diferente evolución que ha tenido y tiene la doctrina entre los estudios del derecho procesal civil y los del derecho

¹⁹ FERMÍN CANTEROS, *Estructura Básica de los discursos garantista y activista en el derecho procesal*, 1°, Juris, Rosario, 2012, p. 23/28.

²⁰ ADOLFO ALVARADO VELLOSO, *Imparcialidad Judicial y la Prueba Oficiosa*, en AAVV, *La Confirmación Procesal I*, Buenos Aires, Ediar, p. 18.

procesal penal, ya que entre los primeros importantes voces se levantan bregando por un aumento del poder de los jueces fundamentalmente en la etapa de la confirmación procesal; por el contrario, quienes se dedican al estudio del derecho procesal penal son contestes en que la investigación y el aporte de pruebas no debe ser competencia del juez que entiende en la causa sino de las partes fiscal y defensor.²¹

Semejantes discrepancias entre procesalistas de fuste conspiran a la construcción de un conocimiento científico del derecho procesal.

En consonancia con la existencia de una teoría unitaria del derecho procesal, descartamos de plano la posibilidad de existencia de prueba oficiosa, por atentatoria con la imparcialidad del juez²², reservando la posibilidad de existencia de medidas para mejor proveer a casos absolutamente excepcionales.²³

Lamentablemente el Código Procesal de la provincia de Misiones, que en rigor se titula Código Procesal Civil, Comercial, de Familia y Violencia Familiar, adscribe a la corriente activista y atenta a la tan ansiada imparcialidad del juzgador en diferentes artículos, basta citar los siguientes:

ARTÍCULO 36.- Facultades ordenatorias e instructorias. Aún sin requerimiento de parte, los jueces y tribunales pueden:

1) tomar medidas tendientes a evitar la paralización del proceso. A tal efecto, vencido un plazo, se ejerza o no la facultad que corresponda, se pasa a la

²¹ HÉCTOR CARLOS SUPERTI, *La garantía constitucional del Juez Imparcial en materia Penal*, en AAVV, *El Debido Proceso*, cit., p. 363.

²² AAVV, *Confirmación Procesal I*, Ediar, Buenos Aires, 2007, p. 19.

²³ "Para ello: a) Debe haberse ofrecido y producido algún medio confirmatorio relativo a hecho a probar; pues de lo contrario a falta de prueba sobre el hecho deberá estarse a las reglas de la carga de la prueba; b) Que pese a la actividad confirmatoria desplegada, el juez no pueda formar una convicción firme acerca de la justa solución de tal litigio, vale decir, deben haberse aportado –no importa cual de las partes lo ha hecho- medios confirmatorios en abundancia, y al ser ellos contradictorios, provocar la duda en el juez -más que duda prefiero hablar de perplejidad, como también lo hace nuestro profesor-; c) Deben ordenarse estas medidas finalizado el proceso, pues si lo hiciera durante el transcurso del mismo, estaría "investigando" lo cual es imposible en el proceso (si pretendemos que sea un debido proceso); d) La finalidad de la medida ha de ser confirmatoria, cualquier otra finalidad no corresponde, a riesgo de arribar por ejemplo a una sentencia incongruencia. e) Las medidas sean producto del espontáneo sentir del juez, es decir, las medidas no deben ser peticionadas o sugeridas por las partes, la oportunidad de ofrecer prueba ya ha precluido; f) La medida solicitada debe ser legal; g) En todo momento debe mantenerse la igualdad procesal de las partes; y h) Debe darse participación a las partes; esto es notificarles y permitirle alegar al respecto." ADOLFO ALVARADO VELLOSO, *Sistema Procesal - Garantía de la Libertad*, cit., vol. Tomo I, p. 479.

etapa siguiente en el desarrollo procesal, y disponiendo de oficio las medidas necesarias;

2) intentar una conciliación total o parcial del conflicto o incidente procesal, pudiendo proponer y promover que las partes deriven el litigio a otros medios alternativos de resolución de conflictos.

En cualquier momento pueden disponer la comparecencia personal de las partes para intentar una conciliación, para interrogarlas libremente sobre los hechos lícitos y pertinentes respecto de los cuales no haya conformidad entre ellas o para invitarlas a reajustar sus pretensiones;

3) proponer a las partes fórmulas para simplificar y disminuir las cuestiones litigiosas surgidas en el proceso o respecto de la actividad probatoria.

En todos los casos la mera proposición de fórmulas conciliatorias no importa prejuzgamiento, ni importa suspensión del procedimiento;

4) ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes. A este efecto, pueden:

a) disponer, en cualquier momento, la comparecencia personal de las partes para intentar una conciliación o requerir las explicaciones que estiman necesarias al objeto del pleito;

b) decidir en cualquier estado de la causa la comparecencia de testigos con arreglo a lo que dispone el Artículo 432, peritos y consultores técnicos, para interrogarlos acerca de lo que creen necesario;

c) mandar, con las formalidades prescriptas en este Código, que se agreguen documentos existentes en poder de las partes o de los terceros, en los términos de los Artículos 389 a 391;...

Además, dentro de las facultades instructorias de los jueces, se cuentan algunas que si bien puede decirse que ya se hallaban implícitas en la de disponer

la “comparecencia personal de las partes” con el fin de “intentar una conciliación” o de “requerirles las explicaciones sobre el objeto del pleito”, lo cierto es que hoy se encuentran claramente especificadas, tales como “proponer fórmulas conciliatorias”, invitar a las partes a “reajustar sus pretensiones”, “interrogarlas libremente sobre los hechos controvertidos”, “proponer fórmulas conciliatorias para disminuir las cuestiones litigiosas o respecto de la actividad probatoria”. Estas facultades pueden ejercerse en cualquier etapa del proceso, pero resulta evidente que la ocasión más propicia será en la Audiencia Preliminar incorporada al Código reformado.

De más está decir que, el ejercicio de tales facultades, aún con suma prudencia, importa al menos en alguna medida interferir en actividades que corresponden a las partes y con ello perjudicar a la imparcialidad del juzgador. Quizás esto se advierta claramente si se piensa en la facultad de proponer fórmulas conciliatorias para extinguir el afirmado conflicto y con ello, el pleito, porque es realmente difícil imaginarse un juez verdaderamente imparcial que proponga una fórmula de conciliación (una renuncia a la pretensión, total o parcial, un allanamiento a la pretensión total o parcial), aun cuando la ley disponga que esa actividad no importa prejuzgamiento, como si con la simple incorporación de tal afirmación en la norma fuera suficiente para que no se vea afectada la imparcialidad.

Pero también en materia probatoria ocurre lo mismo. El juez que propone fórmulas conciliatorias en materia de prueba también camina en el muro medianero de la imparcialidad y la parcialidad. El juez que puede interrogar “libremente” a las partes sobre los hechos controvertidos también. El juez que además de tener facultad para decidir sobre la admisibilidad o pertinencia de un medio probatorio, también puede proponer fórmulas respecto de la actividad probatoria, está claro que se inmiscuye en asuntos que corresponden a las partes.

Finalmente, y a fin de no abrumar mencionamos que se resiente la imparcialidad también cuando el juez cumple con el nuevo cometido que le asigna

el Art. 362 inc. 6) del CPCCFVF, que consiste en advertir en la misma Audiencia Preliminar que alguna de las partes tiene “especiales exigencias probatorias”.

ARTÍCULO 362.- Audiencia preliminar. A los fines del Artículo 361 el Juez debe citar a las partes a una audiencia, que debe celebrarse dentro de los sesenta (60) días de cumplidos con los actos contemplados en el Artículo 360, donde:

1) invita a las partes a una conciliación, o algún otro modo de finalización del proceso, que acuerdan en la audiencia, labrándose acta y homologándose por el Juez interviniente. En tal caso, tiene efectos de cosa juzgada material y se ejecuta mediante el procedimiento previsto para la ejecución de sentencias;

2) de no lograrse la finalización del litigio, decide si la cuestión debe ser resuelta como de puro derecho, con lo que la causa queda concluida para sentencia;

3) de no corresponder lo prescripto en el Inciso 2, fija por sí los hechos articulados que son conducentes a la decisión del juicio sobre los cuales debe versar la prueba;

4) recibe las manifestaciones de las partes, si las tuvieren, con referencia a lo prescripto en los Artículos 360 y 361, debiendo resolver en el mismo acto;

5) provee en dicha audiencia las pruebas que considera admisibles y conducentes ofrecidas en los respectivos escritos. Concentra de ser posible en una sola audiencia la prueba de testigos, la que se celebra con presencia del Juez en las condiciones establecidas en este capítulo. Esta obligación únicamente puede delegarse en el Secretario;

6) si considera que existen especiales exigencias probatorias para alguna de las partes, así lo hace saber. En tal caso, suspende la audiencia y las partes dentro del quinto día pueden ampliar el ofrecimiento de pruebas...

Ambas normas, en definitiva, implican la consagración legislativa de la posibilidad del Juez de inmiscuirse en la tarea de verificación de los hechos que es materia que, en un proceso dispositivo, solo puede corresponder a las partes,

afectando claramente a la imparcialidad del juzgador que necesariamente beneficiará a una de ellas con su obrar y por ende, afectará a la otra.

5.2. Igualdad de las partes litigantes

Principio ligado al concepto de proceso y al anteriormente considerado.

Es que el proceso es un método dialéctico de debate entre dos partes en perfecta igualdad frente a un tercero imparcial, es la garantía de las garantías puesta por el Estado para lograr la paz social y evitar el uso de la violencia por los particulares. Mal podrá lograrse una paz duradera si las partes no se hallan en un plano de perfecta igualdad.

Este principio tiene su consagración constitucional en el art. 16CN que establece la igualdad ante la ley, en el proceso supone la igualdad de oportunidades y de audiencia²⁴.-

Ocurre que las personas son naturalmente desiguales, y tal vez en nuestros tiempos dramáticamente desiguales; de allí que el Estado debe propender diversas políticas en pos de evitar o paliar dicha desigualdad. El quid de la cuestión reside en si pueden todos los poderes del estado realizar diferencias a fin de igualar los desiguales o no.

Ninguna duda cabe en cuanto a que corresponde al Poder Ejecutivo ocuparse del tema, lo hará de muchas maneras; tengo para mí que la educación y al acceso a ella han tendido en la historia de nuestro país un rol crucial a la hora de permitir un futuro mejor a quienes no lo tenían, y así como la educación lo hacen diversas políticas sociales, en la medida en que estén bien aplicadas y pensadas en vista al mediano y largo plazo y no sólo a coyunturas actuales.

Tampoco existen dudas que el legislador puede dar nacimiento a normas que apuntan a igualar, dando protección adicional a los niños, niñas y

²⁴ EDUARDO J. COUTURE, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, cit., p. 183/185.

adolescentes, a los vulnerables, a los consumidores ante las grandes empresas, a los trabajadores frente sus patrones y la necesidad de su sustento diario, incluso puede determinar que para actuar en los juicios los abogados deben tener una capacitación especial o continua, o dar exámenes adicionales a su carrera de grado, etc. etc.

El gran debate consiste en si puede o compete al juez igualar a quienes entienda desiguales en un caso puesto a su conocimiento y si con ello afecta o no el principio anterior, es decir su imparcialidad. Y es aquí donde una vez más, se diferencian las posturas garantistas y activistas.²⁵

Volvamos a las ideas fundamentales, el proceso es un método de debate, pero no es un método arbitrario, sino uno reglado, que necesariamente se encuentra ligado a la noción de *cargas*, en cuanto imperativos en el propio interés, de allí que quien desatiende dichas cargas, necesariamente se colocará en situación desventajosa, y nada podrá hacer el juez al respecto.

No por ser los jueces parte del poder judicial en cuanto poder del estado les está permitido inmiscuirse más allá de lo actuado por las partes, y ello es consecuencia lógica de la función propia de este poder, y que ya hemos estado delineando en este ensayo.

Por una cuestión esencial de convivencia social, las distintas formas de organizar la vida en comunidad y con ello el Estado, prohíben el uso de la fuerza por los particulares, de allí que ante un conflicto irresuelto (en rigor litigio) dicho Estado debe organizar una manera de resolverlo pacíficamente, y es allí que cumple su rol esencial los jueces, quienes dotados de la jurisdicción sustituyen la actividad privada por la pública.-

Esta actividad supone necesariamente la presencia de tres sujetos (dos de ellos partes del afirmado conflicto) y un tercero neutral –que no es uno ni otro- que resolverá *el litigio de un modo alterutal –uno y otro al mismo tiempo- colocándose*

²⁵ FERMÍN CANTEROS, *Estructura Básica de los discursos garantista y activista en el derecho procesal*, cit., p. 29/46.

*en la posición de cada uno de los contendientes para conocer qué es lo que lo que ocurrió en el pasado a fin de establecer cuál fue la conducta cumplida para subsumirla luego en el tipo contenido en la norma legal.*²⁶

Ello es posible solo por cuanto el debate se desarrolla involucrando a tres personas²⁷, si quien es tercero o debe ser tercero supe a alguna de ellas, ya no estamos en una relación de tres, sino de dos contra uno, no existe posibilidad lógica que el juez mantenga su imparcialidad si no respeta la igualdad, no existe la posibilidad lógica que siga siendo un tercero, su intervención durante el trámite del proceso si beneficia a uno, necesariamente perjudica a otro; no habrá una paz duradera si una de las partes advierte que quien lo debía juzgar actúa en pos de su contrario.

De allí que, respondiendo al interrogante planteado, la labor de igualar a los naturalmente desiguales recae en los poderes legislativos y ejecutivo; llegado el proceso, la igualdad que habrá de velar el juez es la absoluta paridad de oportunidades y de audiencia. Ello significa también la misma oportunidad de contralor de la prueba por la contraria.

Ambos principios antes explicados deben tener plena vigencia en la etapa probatoria, a riesgo de no estar frente a un proceso, sino una parodia del mismo. Será cada una de las partes quien deberá procurar confirmar sus afirmaciones-

En la provincia de Misiones, el recientemente reformado código de rito en materia civil, con el nuevo Art. 362 que incorpora la Audiencia Preliminar –como hemos dicho- para el supuesto de que el Juez entienda que respecto de alguna de las partes “existen especiales exigencias probatorias” –constituyendo una suerte de adelantamiento de aplicación de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas- debe suspender la audiencia y otorgar un nuevo plazo de cinco (5) días a las partes para que ofrezcan nuevas pruebas. No se debe pasar por alto que, además a partir de la nueva redacción del Art. 379 (reglas para la carga de la

²⁶ ADOLFO ALVARADO VELLOSO, *Sistema Procesal - Garantía de la Libertad*, cit., vol. Tomo I, p. 261.

²⁷ Para profundizar sobre la diferenciación de las distintas funciones del Estado Ib 258 262

prueba) se introdujo a nuestro régimen procesal la doctrina de las cargas probatorias dinámicas y el deber o principio de colaboración o cooperación, que funcionarían como una especie de correctivo o complemento para la aplicación de las reglas que claramente instituirían que quien afirma un hecho controvertido debe probarlo y cada parte debe probar el presupuesto de hecho de la norma que invoca como fundamento de su pretensión de defensa o excepción.

En síntesis, como venimos expresando, la amplitud de deberes y facultades que se otorgan a los jueces, sólo consiguen desigular a las partes conforme el arbitrio del juez.

5.3. Transitoriedad del proceso

El proceso tiene un comienzo y debe tener un fin, es más ese fin debe llegar en un plazo razonable. Normativamente, la noción del plazo razonable para el juzgamiento se encuentra contenida en el art. 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ratificando luego en el art. 8.1 que tal norma resulta aplicable a todo proceso de cualquier carácter; convención que ha sido incorporada a nuestro ordenamiento jurídico por nuestra Constitución Nacional en el art. 75 inc. 22, con carácter superior a las leyes, es decir de igual rango que nuestra norma fundamental.-

En la etapa que nos concierne, esto es la de la confirmación, sólo en ella, se pueden “eternizar los procesos”, aun cuando está pensada para tener un punto final y pasar a la siguiente.

Por ello, la correcta implementación de las cargas procesales jugará un rol esencial, en ellos tenemos una conducta a realizar de tipo facultativo, un plazo y un apercibimiento. Básicamente, hemos de realizar la actividad probatoria en los plazos indicados o la etapa del proceso a la que nos estamos refiriendo se cerrará indefectiblemente sin que podamos volver atrás.

Entendemos que los códigos procesales actuales de neto corte activista, al fijar innumerables deberes y actividades en cabeza de los jueces conspira con la

pretendida transitoriedad del proceso, en la convicción que las demoras son fruto de las malas artes de las partes.

En efecto, si los jueces deben *asistir a la audiencia preliminar y a las audiencias de prueba, bajo pena de nulidad en los supuestos en que la ley lo establece o cuando cualquiera de las partes lo pide con anticipación no menor de dos (2) días a su celebración, y realizar personalmente las demás diligencias que este Código u otras leyes ponen a su cargo, con excepción de aquellas en las que la delegación está autorizada* (art. 34 inc. 1 y 362 del Código Procesal Civil, Comercial, de Familia y Violencia Familiar de la provincia de Misiones), asistencia para la cual, se supone que debe realizar una preparación anticipada, pero además debe realizar aquella actividad que sólo el juez puede realizar que es la de dictar resoluciones, sean simples, sentencias interlocutorias o definitivas – fundadas por cierto-.

La existencia de ésta audiencia que será tema de tratamiento en otros paneles, implica una tarea adicional a las que ya tenía el juez, cabe preguntarse cuántas audiencias podrá realizar por día, para advertir que conspira con éste principio procesal antes que contribuir con la tan ansiada celeridad procesal.

Ello se suma a la paradógica actitud de quienes pregonan las delicias de la existencia de esta audiencia, sostienen también que se puede cercenar a las partes de la posibilidad de aportar pruebas por considerarse innecesarias pero a su vez admiten en el juez ampliar facultades probatorias oficiosas, todo ello en clara violación de la igualdad, la imparcialidad y por cierto de la transitoriedad.

De allí que entendemos que con las modificaciones al código de rito de la provincia de Misiones, no se ha contribuído a la idea de mejorar el tiempo del proceso, sino todo lo contrario, sumandole al juez nuevas actividades que llegado el caso no podrá cumplir e incorporando cambios ya introducidos en otros códigos procesales, que no han podido demostrar luego de años de vigencia de esta audiencia preliminar se haya mejorado el tiempo que duran los juicios.

5.4. Eficacia de la serie procedimental.

La idea de eficacia está relacionada con la consecución del fin propuesto.²⁸ Si nos referimos al proceso, nos referimos a que el mismo funcione como adecuado método de debate entre dos partes en perfecta igualdad ante un tercero imparcial; por ello para que la serie procedimental sea eficaz debe necesariamente contar con las etapas de afirmación, posibilidad de negación, confirmación y alegación.²⁹

Centrados ahora en la etapa probatoria, un medio de prueba será eficaz si a través del mismo se alcanza el fin propuesto, que no puede ser otro que confirmar los hechos afirmados por una de las partes y negados por la otra, es decir los hechos controvertidos.

De más está decir –o no tanto- que para ello los hechos han debido ser incorporados al proceso por las partes, por nadie más, exclusivamente por las partes. Menciona la norma de rito provincial en su art. 366: *No pueden producirse pruebas sino sobre hechos que fueron articulados por las partes en sus escritos respectivos*, norma que se completa con la posibilidad –también reglada- de incorporar hechos nuevos.

Es al alborderar este principio que nuevamente vemos una marcada diferencia entre que entiende por eficacia la corriente activista y el garantismo. Pues para los primeros el proceso en general y la etapa de prueba en particular debe estar encaminada a la búsqueda de la verdad, a la que llaman la “verdad real” en tanto sólo al hallarla se podrá hacer justicia; en cambio la eficacia para la corriente garantista está relacionada con el correcto funcionamiento del debate, y con ello del proceso como un todo.

De allí que la manera de poner acento en ésta etapa del proceso será diferente para un juez enrolado en una posición o en otra, uno estará abocado al

²⁸ ANGELOME, NELSON, *Reflexiones sobre la Eficacia del Proceso*, Ponencia Presentada en el III Congreso Nacional de Derecho Procesal Garantista, Azul, provincia de Buenos Aires, Argentina.

²⁹ ADOLFO ALVARADO VELLOSO, *Sistema Procesal - Garantía de la Libertad*, cit., vol. Tomo I, p. 344/345.

descubrimiento de la verdad aun cuando sea él quien deba investigar, y otro dejará que ésta sea una cuestión de las partes sobre quienes pesa la carga de confirmar sus afirmaciones, ergo el juez estará abocado a que el debate se desarrolle respetando las garantías constitucionales, lo que supone cuidar celosamente de la igualdad de las partes –materializada en la igualdad de audiencia- y de su propia imparcialidad (y por ende respetando los principios procesales antes mencionados).

En este punto cabe nuevamente mencionar que el Código Procesal de la provincia de Misiones, en sus recientes modificaciones ha adscripto a la búsqueda de la verdad real y a la incorporación de la oralidad en el debate, ya a partir de la mencionada audiencia preliminar en la convicción que con ella se puede lograr la tan ansiada eficacia.

Ya hemos advertido que el código de mención es de un marcado corte activista, amén de ser fruto de la labor de comisiones integrantes del propio Poder Judicial.

Con respecto a la eficacia y la confirmación, se pregona que la oralidad –en tanto regla técnica de debate- principalmente en la etapa confirmatoria está directamente relacionada a este principio, es decir con la eficacia y cuando no, con el plazo razonable del proceso.

Es como si con la utilización de la misma, se pudiera asegurar arribar más eficazmente a la tan ansiada confirmación de los hechos controvertidos y con ello de una sentencia favorable. Entendemos, que sin perjuicio del aporte que sin duda puede darnos la oralidad en la etapa confirmatoria no podemos creer que la eficacia del proceso dependa exclusivamente de la buena aplicación de esta regla, ya que que debemos elevar la oralidad al rango de un principio, que como bien estamos indicando es una regla, se encuentra por debajo de los principios, pudiendo tener un proceso eficaz sea oral o escrito.

Máxime cuando resulta insalvable el tiempo que el desenvolvimiento oral del proceso conlleva para los involucrados y operadores del derecho, convirtiendo

muchas veces a la oralidad en una trampa que nos atrapa y retrasa en la consecución del fin deseado.³⁰

En definitiva, no debemos olvidar que la oralidad no es un principio ni garantía de eficacia procesal por cuanto es simplemente una regla del debate, el cual podrá desarrollarse en plenitud y eficazmente siendo oral o escrito. No en vano hablamos de oralidad o escritura, dándonos una idea desde el inicio que no estamos ante una idea directriz unitaria sino ante posibilidades duales a elegir por el legislador.

5.5. Moralidad en el debate.

Como los principios anteriores, si atendemos a la razón de ser del proceso, esto es erradicar el uso de toda fuerza ilegítima y como contracara de la prohibición de hacer justicia por mano propia, mal puede, admitirse la traición o la inmoralidad a lo largo del proceso, a cuyo fin corresponderá que llegado el caso, aplique las sanciones que la norma de rito le preve.-

Como hemos visto a lo largo del presente trabajo, el gran debate gira en torno a la verdad y nuevamente con ello a la posibilidad de aportación de pruebas por el juez, como forma de llegar a la tan ansiada verdad, tema que como bien indicara el profesor Alvarez Gardiol debe ceñirse a los límites de la verdad procesal.³¹

No estamos diciendo que no interese la verdad, sino que la confirmación de los hechos aportados por las partes les compete sólo a ellas, debiendo el juez luego sentenciar conforme lo alegado y confirmado por las mismas.

Cabe preguntarse por el tan mencionado deber de colaboración de las partes, si hace a la esencia de la moralidad, entiendo que responde a una ideología

³⁰ Sobre el particular, resulta sumamente esclarecedor el artículo de ANDREA MEROI, *Oralidad y proceso civil*, publicado en LL 2010-D, 1060.

³¹ ARIEL ALVAREZ GARDIOL, *Deber de Veracidad de las Pates*, ponencia presentada en el III Congreso Nacional de Derecho Procesal Garantista celebrado en la ciudad de Azul

solidarista que no comprende que el proceso judicial es netamente adversarial, de allí que mal puede pedirse a una de las partes que colabore con la otra a fin de tener una sentencia en contra.-

Nuevamente el CPCCFyVF de Misiones, a contrario de lo que sostenemos, al hablar de la carga de la prueba sostiene que *“A los fines de la aplicación de lo dispuesto en los párrafos anteriores, el Juez debe tener en cuenta la disponibilidad probatoria que corresponde a cada parte del litigio, teniendo en cuenta el deber de colaboración en la búsqueda de la verdad objetiva que les resulta inherente. (art. 379).*

Lamentamos el referido agregado, en tanto implica la absoluta contradicción con los principios procesales que hemos enunciado.-

6.- Las reglas técnicas del debate.-

A diferencia de los principios desarrollados, las reglas técnicas, son líneas directrices respecto a cómo se desarrollará el debate, pero ya no unitarias sino binarias, que se presentan como pares u opciones antagónicas, sin que la circunstancia que al ser elegida una por el legislador, excluyendo así a la otra, implique que estemos ante la ausencia de un *verdadero proceso*, o incluso puedan sucederse una opción y luego la otra en el mismo proceso³² como es el caso de la oralidad o escritura.

Diversas disposiciones del CPCCFyVF de la provincia de Misiones mencionan cuáles son las reglas tomadas por el legislador, aunque no distinguiendo con claridad que ninguna de ellas puede ir en contra de los principios ya enunciados, porque como hemos mencionado, el legislador entendió que bastaba la mención que tal o cual obrar del juez no implica afectar su imparcialidad para que se considere incólume.

³² ADOLFO ALVARADO VELLOSO, *Sistema Procesal - Garantía de la Libertad*, cit., vol. Tomo I, p. 346/347.

En este sentido, el Código Procesal de la provincia de Misiones en su reciente modificación del año 2014, apunta a la concentración de los actos procesales, la celeridad, inmediación y oralidad en diferentes normas.

Así, prescribe el ofrecimiento de toda la prueba –no solamente la prueba documental- en los escritos de postulación del proceso (Art. 334 CPCCFyVF) apuntando a concentrar actos procesales (sin entrar a considerar la implicancia que tiene para las partes el ofrecimiento total de la prueba ab initio).

Luego con la regulación de la Audiencia Preliminar también busca la abreviación del proceso concentrando en dicho acto diversas actividades relacionadas con la prueba tales como la eventual oposición a la apertura de la causa a prueba y su resolución (Art. 363); la posible declaración de la causa como de puro derecho (Art. 362, inc. 2 y 365), la admisión o rechazo del hecho nuevo planteado (Art. 367); la fijación por el juez de los hechos controvertidos y conducentes sobre los que versará la prueba (Art. 362, inc. 3); el proveimiento de las pruebas que se consideren admisibles y pertinentes, debiendo concentrarse en una sola audiencia la recepción de la prueba testimonial (Art. 362, inc. 5), el sorteo y designación de peritos y la fijación de los puntos de pericia (Art. 440), la fijación del plazo para su producción (Art. 369), etc.

El fijación de un plazo máximo para producción de la prueba (Art. 369) y los institutos de la negligencia y caducidad probatoria en tanto sanción al litigante que importa la pérdida de la facultad de producir el medio de confirmación oportunamente ofrecido y ordenado (Art. 386 y los diversos supuestos de caducidad automática).

7.- Conclusión

Los principios y reglas técnicas de debate son las líneas directrices que nos orientan en el devenir del proceso, el cual sólo puede existir conforme el espíritu

de la Consitucion Nacional, si se respeta la vigencia de los cinco principios antes nombrados.

Ya nos hemos expedido en cuanto a que no compartimos la filosofía seguida por las modificaciones introducidas al código de rito de la provincia de Misiones, que privilegiando el activismo de los jueces afecta la imparcialidad del juzgador y la igualdad de las partes, tal vez con la ilusión de evitar la prolongación de los juicios, adoptando institutos que en otras provincias claramente no consiguieron la tan ansiada pronta solución de los litigios puestos a conocimiento de un juez.