

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

EL PROCESO: ¿MÉTODO DE DEBATE O JUEGO COLABORATIVO?

SU RELACIÓN CON LA IMPARCIALIDAD SICOLÓGICA

HUGO BOTTO OAKLEY*

Resumen: La prueba decretada de oficio por el juez, no respeta el principio y presupuesto de validez del proceso de imparcialidad subjetiva y objetiva que le es exigible a aquél, lo que se ve agravado por la potencial influencia psicológica de los llamados sesgos cognitivos.

Abstract: The proof decreed by a judge (by virtue of his office) does not respect the principle and assumption of the validity of the subjective and objective impartiality of the proceedings that is required of it, which is aggravated by the potential psychological influence of cognitive bias.

* Abogado. Doctor en Derecho y Magister en Derecho Procesal. Presidente del Instituto Panamericano de Derecho Procesal. Viña del Mar, hugobotto@bmsabogados.cl

Keywords: Proceso, Imparcialidad, Sesgos Cognitivos, Inquisitivistas versus Garantistas Civiles, Verdad Real y Justicia Material versus Verdad de las Partes y Justicia del Proceso.

Advertencia preliminar: el origen de este trabajo

En un Seminario sobre Reforma Procesal Civil, que se desarrolló en el Aula Magna de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, los días 3, 8 y 17 de octubre de 2012, organizado por el Departamento de Derecho Procesal de la indicada Facultad y por el Centro de Estudios de la Justicia, fui invitado a exponer sobre el tema del presente trabajo, solicitándoseme después que lo expuesto lo transformara en un artículo destinado a su publicación, la cual fue condicionada a introducirle cambios exigidos por el Comité Editorial, a consecuencia de los reparos - todos impregnados de un claro ideologismo-, en mi opinión, que hizo del mismo un supuesto “árbitro o par evaluador anónimo” lo que, por cierto, no acepté.

En el intertanto, fui invitado a escribir un artículo para un libro de Homenaje al Jurista Humberto Briseño Sierra, destinado a publicarse en México, con ocasión del Congreso del Instituto Panamericano de Derecho Procesal correspondiente al año 2013, parte del cual se comprende en este trabajo.

Aún sin conocer los aludidos reparos ideológicos, el lector podrá evaluar el mérito del presente artículo.

Introducción.

A ningún procesalista escapa que uno –sino el principal- de los grandes temas que divide a los autores contemporáneos de la especialidad, es el rol del juez en el proceso en general y en particular en el civil, en relación a la iniciativa probatoria. Así, mientras en el proceso penal acusatorio o adversarial existe consenso (conocemos pocas excepciones) sobre que el juez no debe tener iniciativa probatoria, en el proceso civil, basado en el principio dispositivo, una parte importante de la doctrina sostiene que el juez debe tener iniciativa probatoria y otra, de la que formo parte, sostiene que ello, por elementales razones demostrables, atropella el principio de imparcialidad del juez, debiendo por tanto ser descartada legislativamente tal facultad oficiosa.

Las corrientes que adscriben a una u otra postura se han ido autodenominando Activistas o Solidaristas por un lado y Garantistas por otros. Los primeros, cuyo principal exponente es el procesalista argentino Jorge W. Peyrano, como resulta fácil comprender a partir de cómo se denominan, piensan que el juez debe tener facultad legal de iniciativa probatoria, atendido que privilegian la búsqueda de la **verdad real** en pos de la **justicia material** y, los segundos, cuyo principal exponente es el Maestro Adolfo Alvarado Velloso, piensan lo contrario, privilegiando la **verdad de las partes** en pos de la **justicia del proceso** concreto. A unos y otros yo prefiero denominarlos Inquisitivistas y Garantistas Civiles, respectivamente, ya que me parece reflejan de mejor manera estas denominaciones, la esencia de sus doctrinas.

Estoy cierto que detrás de ambas posturas, obviamente, existen sinceros y honestos deseos de lo mejor para los sistemas jurisdiccionales, en general, incluidos sus operadores o partícipes responsables y también para los justiciables, en particular.

Por tanto, lo que propongo es realizar con serenidad objetiva un análisis empírico y demostrable para, luego de ello, así poder llegar a conclusiones defendibles, todo dentro del marco regulador que nos rige y que llamamos Constitución Política,

sin cuya debida consideración y respeto, las intenciones o deseos pasan a ser fantasía y no realidad exigible en el mundo del Derecho.

Termino esta breve introducción, señalando que la división procesal antes señalada, no es originaria de nuestro país, ya que en Argentina, España, Italia, EEUU, etc. existen desde hace muchos años, declarados defensores de una u otra postura, consecuencia de lo cual, el tema se ha extendido incluso hasta llegar a desterrar añoras instituciones abandonadas en el pasado como la llamada Carga Dinámica de la Prueba, pasando por la creación de “novedosas” instituciones como la Sentencia Anticipada, las Medidas Auto Satisfactivas, la Prueba de Oficio, Limitación o Eliminación de los Recursos, cuando no, la exportación no tradicional de instituciones del modelo de enjuiciamiento Anglosajón, cuya justificación no necesariamente cuadra con nuestro sistema político jurisdiccional Unitario, produciéndose así, verdaderos engendros incoherentes y carentes de justificación constitucional, como por ejemplo, el llamado deber de colaboración y de buena fe procesal, entre muchos otros.

Estos últimos aspectos, merecen atención especial y aunque no son el objeto del presente trabajo, al menos, permítaseme decir sobre lo último mencionado -que se relaciona con el título principal de este artículo- lo siguiente: La propuesta del llamado deber de colaboración y de buena fe procesal, radica en que las partes del proceso que, como sabemos, concurren a él por cuanto se encuentran enfrentadas en un conflicto jurídico (que ambas quieren ganar o ninguna perder) que se resolverá ante y por un tercero imparcial, deben colaborar en la búsqueda de la verdad en pos de descubrir ésta aportando todo lo que conozca y sepa aunque lo perjudique y no se le exija aportar, por la contraparte. Y ello, cómo no!!!, de no cumplirse de propia iniciativa, tiene consecuencias negativas para la parte incumplidora...

A mi entender, ese enfoque es errado, por cuanto no es compatible con la esencia de la persona humana (a quien no se le pueden exigir conductas de auto daño) y de lo que es realmente el Proceso y la Garantía constitucional del Derecho de Defensa en Juicio, debiendo entenderse que lo exigible y regulable no es que en

el proceso se debe actuar de buena fe, entendiendo cumplido ello cuando la parte, de propia iniciativa, colabora aportando incluso aquello que no le conviene a sus intereses, y favorece a su contraparte! sino que lo exigible es que la parte no actúe de mala fe, concepto totalmente distinto y compatible con la garantía constitucional de no auto incriminación, aplicable también a los conflictos de naturaleza civil, (la Constitución es una sola y regula un solo Debido Proceso), regulándose, por cierto, las herramientas procesales necesarias y eficaces para que la contraparte, y no el Juez, pueda exigir se acompañen al proceso los antecedentes que obren en poder de la parte contraria.

De allí mi alta preocupación: ¿Se propone acaso que el PROCESO deje de ser un debate dialéctico y pacífico que se desarrolla entre 2 partes en conflicto, en igualdad de condiciones procesales y ante un tercero imparcial, revestido de la autoridad suficiente, para pasar a ser una especie de juego colaborativo entre las partes y el juez?

Obviamente se dirá que ello es una exageración frente a lo cual contestaré: ¿Por qué es una exageración?

Tal desnaturalización del Proceso, no es compatible con el Debido Proceso que nos ofrece y garantiza nuestra Carta Fundamental a todos por igual ni tampoco con nuestro Estado de Derecho republicano, cuya esencia democrática nos impone desconcentrar el poder y controlar éste, por medio del sistema de inter controles horizontales y verticales.

1. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos llamado “Pacto de San José de Costa Rica.

Los países signatarios de estos dos cuerpos normativos internacionales, se encuentran obligados a considerar y respetar sus disposiciones obligatorias, dentro de las cuales están las siguientes:

El artículo 14 1.- del primero dice: *“Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil.”*

Y, el artículo 8° del segundo, sobre Garantías Judiciales, dice: *“Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.”* (Los subrayados obviamente no son de los originales).

A su turno, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha elevado a la categoría de presupuesto y no solamente de elemento del Debido Proceso, a la exigencia contenida en el artículo 8.1 de la Convención, dentro de la cual está la del Juez Imparcial, (ver El Debido Proceso en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sergio García Ramírez, Ex Juez y Ex Presidente de la indicada Corte, en “Derecho Procesal Contemporáneo” tomo I página 19, primer párrafo del punto 5., Editorial Jurídica de Chile, Agosto de 2010), lo cual ha sido recogido ya de manera reiterada en varias sentencias como en el caso Aritz Barbera y otros, párr. 56; en el caso Caso Barreto Leiva, párr. 98 (17/11/2009), y en el caso Caso Usón Ramírez, párr. 117 (20/11/2009), expresándose en éste último:

“La imparcialidad del tribunal implica que sus integrantes no tengan un interés directo, una posición tomada, una preferencia por alguna de las partes y que no se encuentren involucrados en la controversia. La imparcialidad personal o subjetiva se presume a menos que exista prueba en contrario. Por su parte, la denominada prueba objetiva consiste en determinar si el juez cuestionado brindó elementos convincentes que permitan eliminar temores legítimos o fundadas sospechas de parcialidad sobre su persona”.

Por su parte, Sergio García Ramírez, Ex Juez y Ex Presidente de la indicada Corte señala en la obra antes indicada: *“La imparcialidad exige que el juez que interviene en una contienda particular se aproxime a los hechos de la causa careciendo, de manera subjetiva, de todo prejuicio y, asimismo, ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad.”.*

De las transcripciones anteriores, nos hemos permitido destacar las palabras “no tengan... una posición tomada” y “de todo prejuicio” ya que como veremos, tales exigencias de la imparcialidad del juez, se relacionan de manera significativa con los llamados “sesgos cognitivos” que no se pueden analizar si no se relaciona a la imparcialidad con la psicología.

Antes de entrar a lo último anunciado, volvamos a recordar el famoso brocárdico que significa “sentencia, axioma legal o refrán”, del cual arranca la Congruencia Procesal:

“Sententia debet esse conformis, libello; ne eat judex, ultra, extra aut citra petita partium; tantum legatum quantum judicatum; judex judicare debet secundum allegata et probata partium”, que en una traducción libre significa *“La sentencia debe estar conforme con la reclamación escrita, para que el juez no vaya más allá, fuera o más acá de las demandas de las partes; tanto lo imputado como lo sentenciado; el juez debe juzgar de acuerdo con las razones alegadas y probadas por las partes”.*

He querido dejar testimonio de este antecedente histórico, para resaltar que el tema de la prueba de oficio es de antigua data y aquí hay una demostración clara, de centurias, a propósito de la congruencia procesal, en orden a que la prueba es un tema de las partes y no del juez. De allí que postulamos que la prueba de oficio anula la sentencia por vicio de incongruencia que he llamado “ultra prueba”.¹

2. ¿Qué pasa con la llamada prueba de oficio desde un punto de vista real o práctico?

En Chile, su origen está en las llamadas Medidas Para Mejor Resolver, procedentes una vez que el proceso está en estado de sentencia. Su diferencia con la prueba de oficio está en que ella se decreta también en otros estados procesales, pero en esencia son lo mismo. Veamos:

Si los fundamentos fácticos de la acción se encuentran debidamente probados, el Juez debe dar lugar a la demanda y, si no lo están, debe rechazarla. Aquí, la imparcialidad del Juez no se ve afectada. En cambio, si decreta medidas para mejor resolver, puede ocurrir que:

a) No se cumpla dentro del plazo legal, en cuyo caso el resultado del juicio no se alterará: al decretarla no podía dar lugar a la demanda o debía rechazarla, según quien haya tenido de su cargo el deber del llamado “onus probandi”, que no cumplió y, ahora, una vez decretada, no se rindió, por lo que el resultado del juicio será el mismo que debía ser antes de decretarla. Aquí, tampoco la imparcialidad del Juez se ve afectada.

b) El resultado es inocuo, como ocurre si la testimonial, peritaje o instrumental, etc. decretadas, nada aportaron probatoriamente al tenor de lo que pretendía el juez se acreditara con ellas. En este caso, el resultado del juicio será también el mismo y tampoco la imparcialidad del juez se ve afectada.

¹ Botto, Hugo: *La Congruencia Procesal*, 2007, p. 358.

c) El resultado es más favorable aún a la parte que cumplió con su carga probatoria dentro del juicio, en cuyo caso, obviamente, el resultado del juicio no se alterará. Aquí, nuevamente tampoco la imparcialidad del Juez se ve afectada.

d) El resultado favorece a la parte que tenía de su cargo el deber de la “Carga de la Prueba” y no probó, en cuyo caso, con esta prueba de oficio, se completa la prueba como consecuencia de la iniciativa y actividad probatoria del juez que, necesariamente, favorecerá a quien no cumplió con la carga de la prueba perjudicará a su contraparte. En este caso, es evidente que esa actividad probatoria de oficio del Juez, favorece a una parte (nótese que a la parte negligente) y perjudica a la otra, lo que afecta su Imparcialidad y el trato igualitario que la ley le exige que debe dar a las partes, por mandato constitucional.

Si bien nos fijamos, no se debe pensar que con la prueba de oficio siempre se beneficia a la parte demandante, ya que en rigor, ello dependerá de quién tenía de su cargo el “onus probandi” o peso de la prueba y no lo cumplió, de modo que perfectamente puede favorecer al demandado cuando debiendo probar su excepción perentoria de extinción de la obligación demandada en su contra, que no negó que existió, no la prueba, por mencionar tan sólo un ejemplo.

3. Un ejemplo paradigmático ignorado: el caso de España.

Para nadie es desconocido que el sistema de enjuiciamiento civil español, heredado por muchos países latinoamericano hasta nuestros días, consagró el llamado sistema inquisitivo, donde campea, al menos legislativamente, la prueba de oficio a través de las llamadas medidas para mejor proveer (o resolver, como se llaman en Chile). Y digo, “al menos legislativamente”, por cuanto estimo que ha sido la propia jurisprudencia la que, consciente del problema en análisis, ha ido morigerando en el

tiempo el uso de esta facultad probatoria, en cuanto a su intensidad o frecuencia, lo que, si bien resulta destacable, no justifica su mantención, ya que en aquellos casos en que sí se la usa, el problema se manifiesta en toda su gravedad: La pérdida objetiva de la imparcialidad que le es exigible al juez.

Recuerdo que en una conferencia, no hace tanto tiempo alguien me representó que el problema era que yo desconfiaba de los jueces ya que si confiara, no vería como problema la prueba de oficio. Recuerdo este episodio, el que agradecí a su autor ya que me dio la posibilidad de aclarar mi posición al respecto, para volver a señalar que este autor piensa que la labor del juez (tuve el inmerecido honor de ejercer esa función como Abogado Integrante de una Corte de Apelaciones en mi país) es de una complejidad y responsabilidad inconmensurable y mi planteamiento sobre la prueba de oficio, lejos de ser una suerte de manifestación de desconfianza, pretende que esa necesaria confianza que se debe tener en los jueces, no se pueda ver empañada con una institución obsoleta y agresora de su imparcialidad.

El tema es otro y que, normalmente, no se dice ni reconoce: con la prueba de oficio se subsana la negligencia de la asesoría letrada de la parte y por ende, nada tiene que ver el tema con una desconfianza hacia los jueces sino que tiene que ver con defender, con argumentos objetivos, la importancia suprema que tiene la función jurisdiccional, que no debe verse interferida con funciones que no le corresponden ni le son exigibles, por razones de conveniencia ajenas a su potestad.

Finalmente, antes de entrar al análisis de la situación actual de España, en esta materia, pedimos considere el lector el siguiente aspecto de coherencia:

En el Sistema de Enjuiciamiento Penal Acusatorio o Adversarial en Chile (el lector verá si es lo mismo en su propio país) vigente, la ley no le permite al Juez producir prueba de oficio ni de ninguna otra forma (eventual sugerencia de prueba a las partes). En consecuencia, si en el sistema de enjuiciamiento donde se discuten y están en juego los valores más caros de nuestra sociedad, como son la vida, la libertad y la

honra de las personas, no se le permite al Juez probar de oficio, la lógica y la coherencia indican de manera simple, que ello también debería ser así, con mayor razón, en el Sistema de Enjuiciamiento Civil, que es aquel donde están en juego principalmente valores patrimoniales.

Algunos responden señalando que la materia es distinta y ello lo justifica, pero siendo indiscutible que la materia del conflicto es distinta, ello no responde la denunciada falta de coherencia, más aún si en el proceso civil reina el principio dispositivo.

Otros dicen que se justifica porque así ocurre en otras materias como en las de Familia o Laboral, en que se faculta expresamente al juez para probar de oficio. A ello respondo que es mal argumento el de que es bueno hacer o poder hacer algo en un determinado ámbito o materia porque en algún otro u otra sí se lo considera posible, ya que ello no responde si está bien que se haga o se pueda hacer allí donde está permitido. Además y como enseña el Catedrático y Autor Juan Montero Aroca, con toda razón, esos procesos no son dispositivos, como sí lo es el civil, por lo que no resultan comparables.

También agregan o argumentan que el proceso lo administra y financia el Estado, y a este no le resulta indiferente quien gane el juicio, si no que quiere que lo gane aquél a quien se le debe hacer justicia. Esa línea argumental es muy peligrosa por ser atrayente, pero que se aleja insalvablemente del Debido Proceso. La función pública jurisdiccional se satisface con entregar un medio pacífico de resolución de controversias eficiente y eficaz, con respeto a los principios de Igualdad de las Partes y de Imparcialidad del Juez, sin que le deba importar al Estado quien gane o quien pierda el juicio, ya que si ello es parte de su objetivo, siempre lo llevará a preguntarse a quien le corresponde la justicia y con ello la buscará perjudiciada y subjetivamente, pasando así a ser el proceso, peligrosamente, una simple parodia de tal. Nunca los defensores de este atractivo argumento han podido contestar a qué Justi-

cia se refieren y cuál “es” esa justicia. La del demandante, la del demandado, la del juez, la de la Corte que revoca el fallo en un voto dividido, el sentir popular, etc.

Al menos en mi país, los jueces juran hacer respetar la Constitución y las Leyes, no juran hacer justicia y no es que no sea deseable hacer justicia, sino que respecto de ella, el acuerdo social para poder alcanzarla consiste en la aplicación, con igualdad, de la ley Entenderlo de manera diferente, conlleva inseguridad jurídica y precedentes no uniformes, ambas cosas no deseables.

Piense el lector que la Cosa Juzgada en materia civil, que es lo máximo en seguridad que puede ofrecer el Estado a las partes, puede ser transigida por ellas, incluso alterándola. Entonces, esa justicia que en un momento consideró el juez, no tiene la relevancia que le asignan algunos autores, y que sí tiene el principio dispositivo.

El caso de España:

La ley de enjuiciamiento civil español 1/2000, de 7 de enero del indicado año, en su Exposición de Motivos, sin posibilidades de interpretaciones equívocas, se pronuncia sobre la materia de las facultades probatorias del juez.

Para facilitar el juzgamiento del lector, hemos decidido transcribir literalmente todo aquello que nos parece se refiere al punto que nos interesa, permitiendo así una revisión directa de su desarrollo argumental sin interferencias. Lo anterior, sin perjuicio de recomendar la lectura completa de esta verdadera “pieza jurídica” coherente con el principio dispositivo propio del sistema de enjuiciamiento civil (equivalente al acusatorio en materia penal) acorde con las exigencias actuales del Debido Proceso constitucional.

Dice la indicada Exposición de Motivos en lo pertinente:

“El derecho de todos a una tutela judicial efectiva, expresado en el apartado primero del art. 24 de la Constitución, coincide con el anhelo y la necesidad social de una Justicia civil nueva, caracterizada precisamente por la efectividad. Justicia

civil efectiva significa, por consustancial al concepto de Justicia, plenitud de garantías procesales. Con todas sus disposiciones encaminadas a estas finalidades, esta nueva Ley de Enjuiciamiento Civil se alinea con las tendencias de reforma universalmente consideradas más razonables y con las experiencias de más éxito real en la consecución de una tutela judicial que se demore sólo lo justo, es decir, lo necesario para la insoslayable confrontación procesal, con las actuaciones precisas para preparar la sentencia, garantizando su acierto.

Son conocidos, por otra parte, los malos resultados de las reformas miméticas, basadas en el trasplante de institutos procesales pertenecientes a modelos jurídicos diferentes.

Esta Ley de Enjuiciamiento Civil se ha elaborado rechazando, como método para el cambio, la importación e implantación inconexa de piezas aisladas, que inexorablemente conduce a la ausencia de modelo o de sistema coherente, mezclando perturbadoramente modelos opuestos o contradictorios. Porque es necesaria una pronta tutela judicial en verdad efectiva y porque es posible lograrla sin merma de las garantías...La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil sigue inspirándose en el principio de justicia rogada o principio dispositivo, del que se extraen todas sus razonables consecuencias, con la vista puesta, no sólo en que, como regla, los procesos civiles persiguen la tutela de derechos e intereses legítimos de determinados sujetos jurídicos, a los que corresponde la iniciativa procesal y la configuración del objeto del proceso, sino en que las cargas procesales atribuidas a estos sujetos y su lógica diligencia para obtener la tutela judicial que piden, pueden y deben configurar razonablemente el trabajo del órgano jurisdiccional, en beneficio de todos.

De ordinario, el proceso civil responde a la iniciativa de quien considera necesaria una tutela judicial en función de sus derechos e intereses legítimos. Según el principio procesal citado, no se entiende razonable que al órgano jurisdiccional le incumba investigar y comprobar la veracidad de los hechos alegados como configuradores de un caso que pretendidamente requiere una respuesta de tutela conforme

a Derecho. Tampoco se grava al tribunal con el deber y la responsabilidad de decidir qué tutela, de entre todas las posibles, puede ser la que corresponde al caso. Es a quien cree necesitar tutela a quien se atribuyen las cargas de pedirla, determinarla con suficiente precisión, alegar y probar los hechos y aducir los fundamentos jurídicos correspondientes a las pretensiones de aquella tutela. Justamente para afrontar esas cargas sin indefensión y con las debidas garantías, se impone a las partes, excepto en casos de singular simplicidad, estar asistidas de abogado.

Esta inspiración fundamental del proceso -excepto en los casos en que predomina un interés público que exige satisfacción- no constituye, en absoluto, un obstáculo para que, como se hace en esta Ley, el tribunal aplique el Derecho que conoce dentro de los límites marcados por la faceta jurídica de la causa de pedir. Y menos aún constituye el repetido principio ningún inconveniente para que la Ley refuerce notablemente las facultades coercitivas de los tribunales respecto del cumplimiento de sus resoluciones o para sancionar comportamientos procesales manifiestamente contrarios al logro de una tutela efectiva. Se trata, por el contrario, de disposiciones armónicas con el papel que se confía a las partes, a las que resulta exigible asumir con seriedad las cargas y responsabilidades inherentes al proceso, sin perjudicar a los demás sujetos de éste y al funcionamiento de la Administración de Justicia.

El objeto del proceso civil es asunto con diversas facetas, todas ellas de gran importancia. Son conocidas las polémicas doctrinales y las distintas teorías y posiciones acogidas en la jurisprudencia y en los trabajos científicos. En esta Ley, la materia es regulada en diversos lugares, pero el exclusivo propósito de las nuevas reglas es resolver problemas reales, que la Ley de 1881 no resolvía ni facilitaba resolver. Se parte aquí de dos criterios inspiradores: por un lado, la necesidad de seguridad jurídica y, por otro, la escasa justificación de someter a los mismos justiciables a diferentes procesos y de provocar la correspondiente actividad de los órganos jurisdiccionales, cuando la cuestión o asunto litigioso razonablemente puede zanjarse en uno solo.

Con estos criterios, que han de armonizarse con la plenitud de las garantías procesales, la presente Ley, entre otras disposiciones, establece una regla de preclusión de alegaciones de hechos y de fundamentos jurídicos, ya conocida en nuestro Derecho y en otros ordenamientos jurídicos.

Las normas de carga de la prueba, aunque sólo se aplican judicialmente cuando no se ha logrado certeza sobre los hechos controvertidos y relevantes en cada proceso, constituyen reglas de decisiva orientación para la actividad de las partes. Y son, asimismo, reglas, que, bien aplicadas, permiten al juzgador confiar en el acierto de su enjuiciamiento fáctico, cuando no se trate de casos en que, por estar implicado un interés público, resulte exigible que se agoten, de oficio, las posibilidades de esclarecer los hechos. Por todo esto, ha de considerarse de importancia este esfuerzo legislativo.

Por un lado, se determina el objeto de la prueba, las reglas sobre la iniciativa de la actividad probatoria y sobre su admisibilidad, conforme a los criterios de pertinencia y utilidad, al que ha de añadirse la licitud, a cuyo tratamiento procesal, hasta ahora inexistente, se provee con sencillos preceptos.

Con las excepciones obligadas respecto de los procesos civiles en que ha de satisfacerse un interés público, esta Ley se inclina coherentemente por entender el dictamen de peritos como medio de prueba en el marco de un proceso, en el que, salvo las excepciones aludidas, no se impone y se responsabiliza al tribunal de la investigación y comprobación de la veracidad de los hechos relevantes en que se fundamentan las pretensiones de tutela formuladas por las partes, sino que es sobre éstas sobre las que recae la carga de alegar y probar.

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. (El subrayado no es del original).

La Ley considera improcedente llevar a cabo nada de cuanto se hubiera podido proponer y no se hubiere 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.

Por lo que respecta a los procesos en que no rige el principio dispositivo o debe ser matizada su influencia en razón de un indiscutible interés público inherente al objeto procesal, la Ley no se limita a codificar, sino que, con pleno respeto a las reglas sustantivas, de las que el proceso ha de ser instrumental, diseña procedimientos sencillos y presta singular atención a los problemas reales mostrados por la experiencia.”.

Por su parte, el texto del artículo 435 del indicado Código español, es el siguiente:

“Artículo 435. Diligencias finales. Procedencia.

1. Sólo a instancia de parte podrá el tribunal acordar, mediante auto, como diligencias finales, la práctica de actuaciones de prueba, conforme a las siguientes reglas:

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

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

3. *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.*

2. *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 existan motivos fundados para creer que las nuevas actuaciones permitirán adquirir certeza sobre aquellos hechos.*

En este caso, en el auto en que se acuerde la práctica de las diligencias habrán de expresarse detalladamente aquellas circunstancias y motivos.”

Este artículo se relaciona con el artículo 429.1 que señala:

“Artículo 429. Proposición y admisión de la prueba. Señalamiento del juicio.

1. *Si no hubiese acuerdo de las partes para finalizar el litigio ni existiera conformidad sobre los hechos, la audiencia proseguirá para la proposición y admisión de la prueba.*

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 conveniente.

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.”.

Y con el artículo 286 que expresa:

“Artículo 286. Hechos nuevos o de nueva noticia. Prueba.

1. Si precluidos los actos de alegación previstos en esta Ley y antes de comenzar a transcurrir el plazo para dictar sentencia, ocurriese o se conociese algún hecho de relevancia para la decisión del pleito, las partes podrán hacer valer ese hecho, alegándolo de inmediato por medio de escrito, que se llamará de ampliación de hechos, salvo que la alegación pudiera hacerse en el acto del juicio o vista. En tal caso, se llevará a cabo en dichos actos cuanto se prevé en los apartados siguientes.

2. Del escrito de ampliación de hechos el Secretario judicial dará traslado a la parte contraria, para que, dentro del quinto día, manifieste si reconoce como cierto el hecho alegado o lo niega. En este caso, podrá aducir cuanto aclare o desvirtúe el hecho que se afirme en el escrito de ampliación.

3. Si el hecho nuevo o de nueva noticia no fuese reconocido como cierto, se propondrá y se practicará la prueba pertinente y útil del modo previsto en esta Ley según la clase de procedimiento cuando fuere posible por el estado de las actuaciones. En otro caso, en el juicio ordinario, se estará a lo dispuesto sobre las diligencias finales.

4. El tribunal rechazará, mediante providencia, la alegación de hecho acaecido con posterioridad a los actos de alegación si esta circunstancia no se acreditase cumplidamente al tiempo de formular la alegación. Y cuando se alegase un hecho una vez precluidos aquellos actos pretendiendo haberlo conocido con posterioridad, el tribunal podrá acordar, mediante providencia, la improcedencia de tomarlo en consideración sí, a la vista de las circunstancias y de las alegaciones de las demás partes,

no apareciese justificado que el hecho no se pudo alegar en los momentos procesales ordinariamente previstos.

En este último caso, si el tribunal apreciare ánimo dilatorio o mala fe procesal en la alegación, podrá imponer al responsable una multa de veinte mil a cien mil pesetas.”.

De la lectura de la parte de la Exposición de Motivos y artículos transcritos precedentemente, se puede comprobar que en una reforma legislativa integral, el país de donde emanan las medidas para mejor proveer, decidió dar un paso al frente y derogarlas, para reconocer que en proceso civil la prueba es un asunto de partes y no de interés de la judicatura. En efecto, la incorporación de las Diligencias Finales, con sus respectivas limitaciones, demuestra que no responden a una iniciativa de oficio por parte del juez y menos cuando el proceso ya ha finalizado en su fase probatoria como ocurre con las medidas que deroga.

Reconoce excepciones en el ámbito de los procesos donde hay intereses públicos involucrados y en la posibilidad de sugerencias de prueba, no de imposiciones y menos decisiones de oficio, en la audiencia preliminar o preparatoria, como también en caso de insuficiencia probatoria pero “...a causa de circunstancias ya desaparecidas e independientes de la voluntad y diligencia de las partes...”, con lo cual se pretende resguardar el debido respeto al principio dispositivo.

No tenemos cuestionamiento alguno, en esta materia, cuando hay intereses públicos comprometidos en el litigio, ya que ahí no hay un proceso regido solamente por el principio dispositivo. La sugerencia de prueba, nos parece más discutible, salvo que el juez de juicio propiamente tal no sea el que participó en la audiencia preparatoria y que realizó sugerencias probatorias. Respecto de la tercera excepción, nos parece que la exigencia de que se trate “... de circunstancias ya desaparecidas e independientes de la voluntad y diligencia de las partes...”, es de difícil aplicación práctica y nos cuesta imaginarnos casos en que ello pueda ocurrir. Quizás, la posibi-

lidad de que un testigo demente al tiempo que debe declarar, luego recobra su capacidad mental para declarar, podría justificar esa excepción o que el testigo haya estado de viaje a ese tiempo, pero este caso, en nuestra opinión, se salva como diligencia final propiamente tal.

En todo caso, Juan Montero Aroca enseña que estas excepciones fueron transacciones políticas de los legisladores de la época, lo que él llama “La solución de compromiso”, antecedente trascendente para que el lector saque sus propias conclusiones.²

4. Imparcialidad Sicológica

Esta parte la abordaremos en base a las enseñanzas del autor español Arturo Muñoz Aranguren³. Este autor, siguiendo las enseñanzas de los psicólogos israelíes Amos Tversky y Daniel Kahneman⁴, nos explica que, entre otros, existen los siguientes procedimientos y sesgos cognitivos en los procesos o mecánicas:

Procedimiento heurístico de la representatividad (representativeness)

“Este procedimiento conduce a errores estadísticos y matemáticos en el cálculo de la probabilidad, derivados de la insensibilidad a la probabilidad previa de resultados y al tamaño de la muestra, así como de errores relativos a la aleatoriedad y en relación a la denominada “regresión a la media”.”

Procedimiento heurístico de la disponibilidad (availability)

“Con arreglo a este procedimiento mental, el sujeto procede a valorar la probabilidad de que acaezca un suceso, tomando en consideración la facilidad con

² Montero, Juan: *La prueba en el Proceso Civil*, 2005, p. 491.

³ Muñoz, Arturo: “La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano. Una aproximación”, *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, 2011, n°1.

⁴ Tversky, Amos y Kahneman, Daniel: “Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases”, *Science, New Series*, Vol. 185, No. 4157. 1974, pp. 1124-1131.

la que el propio sujeto puede recordar o imaginar ejemplos de sucesos similares.”.

Procedimiento heurístico de anclaje y ajuste (anchoring)

“Este proceso mental se fundamenta en la realización de una estimación, por parte del sujeto, a partir de un valor inicial (anclaje), que progresivamente ajusta a medida que obtiene información adicional. Los múltiples estudios realizados acreditan cómo este procedimiento mental da lugar a resultados diferentes, simplemente por el hecho de que se haya empezado por un valor distinto. De lo anterior se deriva que, con frecuencia, la valoración inicial ejerce una influencia indebida y desproporcionada sobre el análisis del sujeto, y provoca errores que pasan inadvertidos para el propio interesado.”.

Sesgo retrospectivo (hindsight bias)

Con arreglo a este mecanismo mental, al valorar determinados hechos pasados, el sujeto no puede abstraerse de las consecuencias de los mismos, de manera que incurre en una tendencia a considerar, a partir del conocimiento de las consecuencias de la acción, que las mismas eran previsibles desde el principio.”.

Sesgo de confirmación (confirmation bias)

“Este proceso mental se caracteriza por la tendencia del sujeto a filtrar una información que recibe, de manera que, de forma inconsciente, busca y sobrevalora las pruebas y argumentos que confirman su propia posición inicial, e ignora y no valora las pruebas y argumentos que no respaldan la misma. El sesgo de confirmación es una tendencia irracional a buscar, interpretar o recordar información de una manera tal que confirme alguna de nuestras concepciones iniciales o hipótesis. Es un tipo de sesgo cognitivo, es decir, un error sistemático del razonamiento inductivo.”.

“Los sesgos pueden ocurrir en la reunión, interpretación o recuperación de información. Algunos psicólogos utilizan la denominación sesgo de confirmación para las desviaciones sistemáticas en cualquiera de estos tres procesos, mientras que otros la restringen a los pasos para la recolección selectiva de la evidencia, utilizando el término sesgo de asimilación para las interpretaciones sesgadas.”.

Sesgo de grupo (in group bias)

“Esta técnica cognitiva provoca el error de valorar de forma injustificadamente homogénea las actitudes, actos y opiniones de las personas que pertenecen al mismo grupo, y por la sola razón de pertenencia a ese grupo. Esos prejuicios pueden ser tanto positivos, como negativos, y pueden darse por la pertenencia o no del propio sujeto a uno de esos grupos. El modelo económico tradicional asume que la gente únicamente se preocupa de su propio interés. Sin embargo, las personas pueden mostrar también una actitud favorable a los grupos a los que pertenecen. En la ciencia psicológica este fenómeno se conoce como identificación social. Una de las manifestaciones más estudiadas de esta identificación social es el sesgo de grupo: el tratamiento preferente a los miembros del grupo al que el sujeto pertenece.”.

Si bien, en mi opinión, todos los procedimientos y sesgos mencionados se interrelacionan o pueden interrelacionarse en un momento dado, en el análisis que se realice, me parece que el llamado procedimiento heurístico de anclaje y ajuste (anchoring) y el sesgo de confirmación (confirmation bias) son los que de manera más directa se vinculan con el tema de la imparcialidad en relación a la prueba que decreta un Juez.

En efecto, en cuanto al procedimiento mental señalado y denominado heurístico de anclaje y ajuste, la decisión del Juez al decretar prueba de oficio, estará sustentada en una estimación a partir del llamado valor inicial (*anclaje*), compuesto por las razones que haya tenido para decidir decretar determinada prueba, que puede lle-

varlo a resultados diferentes, derivándose “que, con frecuencia, la valoración inicial ejerce una influencia indebida y desproporcionada sobre el análisis del sujeto, y provoca errores que pasan inadvertidos para el propio interesado.”.

Por su parte, en cuanto al sesgo de confirmación, la prueba de oficio que decreta el Juez, puede traer por consecuencia que filtre “una información que recibe, de manera que, de forma inconsciente, busca y sobrevalora las pruebas y argumentos que confirman su propia posición inicial, e ignora y no valora las pruebas y argumentos que no respaldan la misma.”.

Con lo señalado, parece posible afirmar que la Ciencia de la Psicología debiera pronunciarse acerca de si con la prueba de oficio se puede afectar o no, la imparcialidad subjetiva y objetiva que se le exige a los Jueces. Y, por de pronto, enseñar cómo los sesgos cognitivos pueden ser si no eliminados, al menos controlados de la mejor manera que sea posible, en resguardo del principio de la imparcialidad.

5. Conclusiones.

- a. La imparcialidad procesal es un principio y presupuesto del proceso que debe delimitarse legislativamente, no sólo desde una perspectiva netamente jurídica, sino que debe considerar también su enfoque psicológico.
- b. Es un derecho de las partes que el juez a cargo de substanciar y sentenciar su proceso, sea imparcial tanto objetiva como subjetivamente y ello no solamente respecto de quienes son las partes del proceso (aspecto subjetivo) sino también respecto de la materia de la litis y su resultado: la sentencia (aspecto objetivo).
- c. La prueba de oficio, sino con seguridad, al menos con una alta probabilidad, permite que la decisión jurisdiccional se vea influenciada por los llamados sesgos cognitivos (incluso sin conciencia de ello por parte del juez) y ello es más que suficiente para abolir esas facultades en los procesos dispositivos.

BIBLIOGRAFÍA

BOTTO, Hugo: *La Congruencia Procesal*, Editorial de Derecho, Santiago, 2007.

MONTERO, Juan: *La prueba en el Proceso Civil*, Ed. Thomsom Civitas, Navarra, 2005.

MUÑOZ, Arturo: “La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano. Una aproximación”, *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, 2011, n°1.

TVERSKY, Amos y KAHNEMAN, Daniel: “Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases”, *Science, New Series*, Vol. 185, No. 4157, 1974.