

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 invalidez de la prueba de oficio en el Estado de Derecho.

Juan Ignacio Luna¹

XIII CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL GARANTISTA.

AZUL, 23 Y 24 DE OCTUBRE DE 2014.

Abstract: La actividad probatoria del juez en el proceso resulta inválida en un Estado Constitucional de derecho, puesto que, a pesar de estar legitimada en su dimensión formal no lo está en la dimensión sustancial. Dicha actividad vulnera las garantías constitucionales de igualdad, imparcialidad e ignora la aplicación del estado de inocencia. La prueba de oficio viola directamente el mandato constitucional e indirectamente los principios del sistema de gobierno republicano.

Sumario: 1. Introducción. – 2. La recepción normativa de la temática en la Provincia de Buenos Aires – 3. Los principios y garantías constitucionales. – 4. Estado de derecho y límites al poder. – 5. Conclusión.

1. Introducción.

La prueba de oficio ha sido objeto de gran controversia en el estudio del Derecho Procesal. Por un lado, se encuentran aquellos que amparándose en el fundamento de que el proceso judicial necesariamente debe procurar alcanzar la verdad material de lo acontecido, entienden conveniente que el juzgador tenga amplias facultades a la hora de la producción de la prueba; con

¹ Estudiante de derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires. Bachiller Universitario en Derecho. Ayudante de segunda en la asignatura “Derecho Procesal I”, perteneciente al Departamento de Derecho Procesal y Práctica Profesional.

diferentes matices claro, pues dentro de este grupo están quienes entienden que estas facultades son supletorias de la actividad de las partes, y quienes entienden que pueden ser utilizadas de manera principal. En la vereda de enfrente se hallan los detractores de esta idea, quienes con variados fundamentos sostienen que la actividad probatoria del juez, sea principal o supletoria, afecta garantías esenciales reconocidas por nuestra Constitución Nacional, estas son la igualdad de las partes y la imparcialidad del juzgador.

A partir de las enseñanzas del jurista florentino Luigi Ferrajoli², este trabajo pretende hacer un análisis de la prueba de oficio en el marco normativo de un Estado constitucional de derecho, especialmente desde el punto de vista de la validez de la norma que faculta al juez a la adopción de medidas probatorias de esta índole dentro de un proceso que respete sin miramientos las garantías reconocidas por nuestra Constitución.

Para ello, debemos comenzar por hacer la distinción entre la validez de las leyes en un Estado legislativo de derecho y un Estado constitucional de derecho que, para este autor, tienen una diferencia muy significativa en cuanto en el primer caso, para que una norma sea válida, basta con que su producción haya sido conforme a la normativa referida al procedimiento de creación de las mismas; y en el segundo, además debería ser coherente con los principios sustanciales incorporados a la Constitución. Esta distinción lleva a concluir al autor que en el Estado constitucional de derecho se puede dar un fenómeno muy particular, al que él califica como un defecto, pero también como su mayor valor, el cual es que puedan existir leyes formalmente válidas, por ser su producción conforme al procedimiento de creación de las normas, pero sustancialmente inconstitucionales por no ser coherentes con los principios receptados por la Carta Magna. A pesar de ello no debemos alarmarnos, pues la existencia de leyes con estas características es algo que puede suceder, ya que no debemos pretender que el derecho pueda realizarse plenamente, sino por medio de transformaciones constantes, a través del papel que asigna el autor antes mencionado al jurista: La denuncia y deslegitimación del derecho existente pero inválido.

² FERRAJOLI, Luigi. *“El garantismo y la filosofía del derecho”*. Editado por el Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia. Julio del Año 2000.

El paradigma constitucional sobre el cual teoriza el autor italiano, es connatural con el espíritu crítico necesario para poder detectar las contradicciones de las que hablamos, propias de un sistema jurídico, y promover su remoción a través de procedimientos de invalidación de ellas, y este análisis debe hacerse por medio del estudio de los principios constitucionales del orden normativo en cuestión, a partir de los cuales necesariamente tiene que examinarse la validez de las normas inferiores en sus dos dimensiones, esto es, no solo la dimensión formal, dependiente de la forma en la cual son creadas, sino también la sustancial, referida a su contenido y la coherencia con la norma fundamental. Tan importantes son los principios constitucionales para este autor que ha definido al constitucionalismo como un “...sistema de principios dirigidos a vincular al legislador...” y ha caracterizado al Estado de derecho describiendo los principios que en él son fundamentales, estos son a su criterio, el principio de legalidad de toda actividad del Estado, el de publicidad de los actos legislativos, administrativos y judiciales, y el de sujeción a control de todas las actividades estatales.

Es necesario analizar también, mas allá de la cuestión normativa, como opera el principio de legalidad en cuanto límite impuesto al ejercicio de poder en tutela de los derechos de los ciudadanos, específicamente en lo que concierne a este trabajo, a los poderes del juez dentro del proceso. Para ello, he decidido adoptar el enfoque garantista que propone Luigi Ferrajoli, puesto que, como lo define el autor, el garantismo entendido como “Estado constitucional de derecho”, constituye un conjunto de vínculos y reglas racionales impuestos a todos los poderes en tutela de los derechos de todos. Partiendo de esta idea limitadora del poder, y en atención a la temática elegida para este trabajo, las preguntas que surgen inevitablemente refieren a si es racional o no otorgar poderes probatorios al juez en el proceso, pero más allá de ello, si se condice con el respeto estricto de las garantías reconocidas por el Estado constitucional de derecho, y luego, si ello fuera racional, cuánto poder deben tener y cuáles son las consecuencias de admitir el uso de estas facultades.

2. La recepción normativa de la problemática en la Provincia de Buenos Aires.

El nuevo paradigma constitucional ha surgido con el propósito de oponer resistencia a los posibles abusos de las personas que tienen mayor poder, del gobierno y de las mayorías en un Estado de derecho. Ante la hegemonía de un sistema de gobierno que presupone un Estado con poder ilimitado, como lo era el absolutista, quienes participaron de los movimientos sociales y políticos que desembocarían en las revoluciones norteamericana y francesa del siglo XVIII, entendieron que la mejor forma de resistir ante tal situación, era el establecimiento de límites a la actuación de aquél, límites que están plasmados en el establecimiento de Constituciones que reconozcan garantías inviolables en tutela de los derechos de todos.

En nuestro ordenamiento jurídico, estos principios y garantías están recogidos en la primera parte de la Constitución Nacional, las que Ferrajoli elocuentemente denomina *normas sustanciales de la Constitución*, pues garantizan la dimensión material de la democracia sustancial, dado que refieren a *qué cosa* no puede ser decidida por quienes detentan el poder. En efecto, si nos detenemos por un momento en la parte dogmática de nuestra Carta Magna, podemos advertir que algunas de sus cláusulas están impuestas como vínculos negativos a todos los poderes que sirven como fuente de deslegitimación de los mismos³, por ejemplo el Artículo 18 al disponer que “*Ningún* habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo...” o que “*Nadie* puede ser obligado a declarar contra sí mismo...” o el Artículo 17 al establecer que “La propiedad es inviolable, y *ningún* habitante de la Nación puede ser privado de ella...”. La importancia de esto radica en que todas ellas constituyen límites a la actuación del Estado que puede dar lugar a abusos; que, al parecer, era en esos tiempos una amenaza real y un problema con actualidad que debían resolver.

Para poder realizar el análisis que se propone en este trabajo, es necesario individualizar cuáles son las normas que estudiaremos y que, según la hipótesis planteada, entrarían en un supuesto conflicto; estas son, la norma

³ FERRAJOLI, Luigi. Ob. Cit.

de rango inferior, por legitimar actividad probatoria por parte del juez que, en su dimensión sustancial, no es coherente con los principios receptados por nuestra Constitución Nacional.

La prueba de oficio está receptada en el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires⁴, como una de las facultades ordenatorias e instructorias del juez, en el Artículo 36 inciso 2 cuando prescribe que “*Aun sin requerimiento de parte, los jueces y tribunales podrán: [...] 2) Ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes.*”

Los principios y garantías constitucionales con los que esta norma de rango inferior entraría en conflicto son, en primer lugar, los principios que surgen de la exigencia de Legalidad, consagrada en el Artículo 18 de la Constitución Nacional, cuando se refiere a que “*Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso...*”, y complementado por el principio de Reserva del Artículo 19 que amplía la fórmula anterior al decir que “*...Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe*”. De esta forma el principio de legalidad se constituye en uno de los límites más importantes al poder debido a que impone la necesidad de que toda actividad del Estado se encuentre reglada por ley, que prevalece sobre las voluntades individuales, lo que significa que este principio es la fuente de legitimación de todos los poderes mediante su subordinación a la ley y de deslegitimación de todo aquel que pretenda sobreponerse a lo prescripto por ella.

En segundo lugar, se encuentra el principio de igualdad receptado en el Artículo 16 de la Carta Magna al prescribir que “*La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley...*”; tal principio de igualdad es fundamental en todo ordenamiento jurídico que pretenda el respeto sin contemplaciones de los derechos fundamentales y las libertades

⁴ He tomado como parámetro la legislación de la Provincia de Buenos Aires y la Constitución de la Nación Argentina, pero las conclusiones a las que arribe este trabajo son igualmente aplicable a cualquier legislación que en esencia comparta lo regulado por los instrumentos antes nombrados.

civiles de todos los ciudadanos, ya que en un Estado de derecho, la igualdad es una necesidad que no se puede postergar.

Por último, aunque en la Constitución no aparezcan las palabras “debido proceso”, podemos decir que el Artículo 18 en su primera parte lo reconoce implícitamente como una garantía (con seguridad la más importante) para la defensa de los derechos de los individuos, a través del reconocimiento de un conjunto de garantías con el objeto de asistirlo durante el desarrollo del proceso. Prescribe este artículo que *“Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos...”* Esta disposición es complementada por la normativa internacional, que en nuestro país posee rango constitucional.

3. Los principios y garantías constitucionales

Ferrajoli nos señala que los principios constitucionales son elaborados tanto como principios teóricos, esto es en la función descriptiva del derecho para representar por medio del lenguaje la idea que pretenden delinear, como axiológicos, esto es en la función prescriptiva del derecho, en cuanto determinan el contenido de las demás normas de acuerdo a las características de coherencia y completitud⁵. Por ello, según el autor, estos principios se ubican en los niveles superiores de la estructura normativa del paradigma constitucional que sostiene, pues de esta forma pueden cumplir, por un lado, la función de identificación, crítica y resolución de contradicciones y lagunas; y por el otro, la función de modelo normativo respecto del mismo derecho a modo de proyecto a futuro, es decir, la teoría no solo abarca el estudio del “ser” sino del “deber ser”.

Los principios y garantías constitucionales forman lo que el autor llama “la sustancia del constitucionalismo rígido”, de la cual se derivará la validez o invalidez de las normas que se ubican en los niveles inferiores, en su

⁵ El autor en su obra usa la palabra “completud”

dimensión sustancial siempre y cuando su contenido se conforme o no a lo prescrito por la Constitución.

Está claro que cuando hablamos de garantías constitucionales, nos estamos refiriendo, según la clasificación del autor, a garantías primarias ya que se tratan de límites y vínculos normativos impuestos en tutela de los derechos, al ejercicio de cualquier poder.

3.1. El principio de legalidad.

Ferrajoli define a la legalidad como uno de los principios característicos del Estado de derecho, por el cual se da la subordinación a leyes generales y abstractas emanadas de órganos político-representativos y vinculadas, a su vez, al respeto de ciertas garantías fundamentales de libertad y de inmunidad personal así como ciertos derechos de los ciudadanos procesalmente justiciables. Debemos recordar que el autor hace una distinción teórica de la legalidad que admitiría dos modelos: el de la *estricta legalidad* y el de la *mera legalidad*. El primer modelo resulta propio del Estado constitucional de derecho por el cual la validez de las leyes está condicionada a una serie de requisitos sustanciales correspondiente al conjunto de garantías reconocidos en la Constitución y vinculado por principios constitucionales de tipo sustancial (especialmente los de igualdad y salvaguarda de los derechos fundamentales de todos). En cambio, en el segundo modelo, propio del Estado legislativo de derecho, la validez de las leyes solo estaría condicionado por la conformidad en su producción con las normas referidas a la creación de las mismas.

La adopción de uno u otro modelo no es una problemática menor, puesto que solo el primero de ellos tiene como virtud ser un instrumento para la limitación del poder y funciona como legitimante de él ya que se trata de predeterminar taxativamente los actos que condicionan el ejercicio legítimo de cada poder. La adopción del modelo de *mera legalidad* entraña el riesgo que significa para los derechos de los particulares de consentir legalmente actividad arbitraria y discrecional por parte de quien detenta el poder ya que la ley ordinaria es legitimante de tal actividad, pues no necesita superar el cotejo con los principios constitucionales, en cambio en la adopción del modelo de la *estricta legalidad*, es imprescindible tal examen pues es necesario que esa

norma que legitima la actividad en cuestión sea a su vez legitimada por las garantías sustanciales reconocidas en la Constitución.

El conflicto de la legislación referida a la prueba de oficio con la legalidad así explicada es que, a pesar de superar el examen de mera legalidad, no es igual el resultado cuando el cotejo se hace con los principios constitucionales, especialmente con el principio de igualdad y con la garantía del debido proceso, pues estos son derechos fundamentales que se ven afectados cuando se ordena la producción de medidas probatorias de oficio, como mas adelante veremos. De esta forma, la actividad del juez, consentida por la norma del Artículo 36 Inc. 2 del CPCC de la Provincia de Buenos Aires, aunque sea legítima con respecto a ella, no lo es respecto del modelo constitucional del Estado constitucional de derecho plasmado en los principios y garantías de nuestra Constitución Nacional.

3.2. El principio de igualdad.

El primer interrogante que surge en torno a esta cuestión es ¿Qué significa ser iguales? En su acepción general la Real Academia Española⁶ nos ilustra definiendo a la igualdad como la “conformidad de algo con otra cosa en naturaleza, forma, calidad o cantidad”, pero a pesar de ello es difícil afirmar sin temor a equivocarse que el hombre y la igualdad vayan siempre de la mano. Parece que la naturaleza prefirió la diversidad por sobre la uniformidad, hablando metafóricamente claro, y por ello es que en el mundo existen formas variadas de vida, diferentes razas e incluso dentro de los distintos grupos cada individuo es biológicamente diferente a los demás, y la raza humana no es la excepción. La pregunta que inevitablemente surge entonces es ¿Somos iguales?; la respuesta es no. A partir del desarrollo social que ha tenido el hombre se han hecho evidentes estas diferencias perjudicando y hasta imposibilitando la convivencia pacífica de unos y otros por lo cual se hace manifiesta la necesidad de equiparar de alguna forma lo que la naturaleza decidió desigualar. El Derecho, a través del principio de la igualdad ante la ley, viene a nivelar estas diferencias como una construcción social necesaria para la convivencia pacífica, y nuevamente la Real Academia Española, que dedica

⁶ Diccionario de la Real Academia Española, vigésimo segunda edición. Año 2001.

una definición específica para esta expresión de la igualdad, nos dice que la igualdad ante la ley es “el principio que reconoce a todos los ciudadanos capacidad para los mismos derechos”. Vale recordar aquí que la igualdad fue uno de los pilares fundamentales del movimiento político e ideológico que desembocaría en la Revolución Francesa del año 1789⁷ y que sería antecedente de las Constituciones de los Estados republicanos y las monarquías constitucionales posteriores, incluyendo la de nuestro país. En el plano del proceso, quien nos ilustra para entender que significa la igualdad en ese ámbito es Adolfo Alvarado Velloso⁸; afirma el autor que “*en el campo del proceso, igualdad significa paridad de oportunidades y de audiencia*”. Agrega además que “*las normas que regulan la actividad de las partes no pueden constituir respecto de la otra, una situación de ventaja o de privilegio, ni el juez puede dejar de dar una tratamiento absolutamente similar a ambos contendientes*”.

La invalidez de la prueba de oficio en un Estado de derecho, se da en este punto por la violación del principio de igualdad cuando se ordena la producción de una medida probatoria de oficio. El mismo autor sostiene que “*el juzgador-probador pierde imparcialidad y rompe el exacto equilibrio que exige el mantenimiento de la igualdad procesal*”⁹, y Botto Oakley, siguiendo estas ideas, explica el porqué de esta situación al plantear como hipótesis en su trabajo que la prueba de oficio siempre favorece solo potencialmente a una de las partes (Aquella que tiene la carga de la prueba) y siempre perjudica solo potencialmente a la otra (Aquella que no tiene la carga de la prueba)¹⁰. Vale destacar la importancia que tienen aquí las palabras “siempre” y “potencialmente”, puesto que dos de los argumentos más importantes para sostener la validez de la prueba de oficio son, el primero, que a través de la limitación de procedencia de la misma cuando viola el principio de igualdad, se

⁷ **Liberté, égalité, fraternité ou la mort.** ¡Libertad, igualdad, fraternidad o la muerte! “*Exemple de Devise Révolutionnaire sous la Terreur*”. Francia, 1794.

⁸ ALVARADO VELLOSO, Adolfo. “*Introducción al estudio del derecho procesal*”. Editorial Rubinzal-Culzoni. Santa Fe, República Argentina. Año 2008.

⁹ Ver prólogo a la obra de BOTTO OAKLEY, Hugo. “*La inconstitucionalidad de las medidas para mejor resolver*”.

¹⁰ Para una explicación detallada de por qué la prueba de oficio vulnera la imparcialidad y el principio de igualdad ver BOTTO OAKLEY, Hugo. “*Inconstitucionalidad de las medidas para mejor resolver*”. Editorial Fallos del Mes. Chile, Año 2001.

deduce que existirían otras que no lo hagan por lo cual serían válidas; y el segundo, que el juez al ordenar la prueba de oficio no puede perjudicar a alguna de las partes puesto que aquel no conoce el resultado que tendrá la diligencia. En el primer caso este autor ha demostrado lógicamente que la violación al principio de igualdad se da en el cien por ciento de las situaciones por lo cual es imposible que no se afecte este principio, y en el segundo caso sostiene que la intención del juez no es necesaria para la afectación de la igualdad procesal por lo cual el conocimiento o no del resultado de la medida ordenada es irrelevante, puesto que la violación se da por la propia naturaleza de la medida.

3.3. La garantía del proceso.

Si concebimos al proceso como un método dialéctico en el cual dos partes, en un plano de estricta igualdad, debaten de forma pacífica ante un juez que debe ser imparcial, imparcial e independiente, cuya razón de ser es la erradicación de la fuerza como método de resolución de los conflictos y con el objetivo de asegurar el mantenimiento de la paz social¹¹; debemos procurar que esta sea la única forma (por lo menos institucionalizada) de solucionar un conflicto intersubjetivo de intereses, cuando no existe predisposición para arribar a un remedio autocompositivo. Para ello, es necesario que lo que alguna vez fue la excepción, es decir, cuando el uso de la fuerza era lo típico y el medio no violento lo atípico, sea garantizado por quien se arroga el uso de la fuerza legítima a cambio de que los particulares eviten ajusticiarse por mano propia.

La pregunta que inevitablemente debemos hacernos al hablar del proceso como garantía es la referida a como es receptada la misma en el derecho positivo, específicamente en el derecho constitucional. En primer lugar debemos mencionar, como lo hicimos anteriormente¹², el Artículo 18 de la Carta Magna, la cual nos está diciendo que necesariamente habrá un proceso para la existencia de una condena, nos garantiza que no vamos a poder ser juzgados y condenados sin antes, como mínimo, haber atravesado por este

¹¹ ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Ob. Cit.

¹² Ver punto 3. de este mismo trabajo.

periplo en el cual podremos hacernos escuchar y dar nuestros motivos, en el cual el principio de legalidad está de nuestro lado, pues quien detenta el poder de ninguna manera está autorizado a traspasar el límite que este le impone. Algunos autores, como Eduardo Couture¹³ entienden que el proceso como garantía constitucional se encuentra relacionado con el derecho de peticionar a las autoridades a través del concepto de acción¹⁴, otros autores en cambio entienden que la garantía del debido proceso es simplemente la idea teórica del proceso en el cual se respete estrictamente sus principios, como acertadamente lo plantea Adolfo Alvarado Velloso.

Sea cual sea la postura que adoptemos debemos admitir que en el plano normativo la recepción del proceso como garantía está rodeado por el reconocimiento de otras garantías que le son connaturales como pueden ser la del mismo Art 18 (Estado de inocencia, intervención de juez natural, irretroactividad de la ley, inviolabilidad de la defensa en juicio, prohibición de obligar a declarar contra sí mismo, etc.) o pueden estar contenidos en instrumentos internacionales como el Artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Derecho a ser oído, juez imparcial, derecho de interponer recurso, etc.) que tienen rango constitucional. Por el acotado marco que tiene este trabajo he decidido analizar dos de estas garantías que tienen mayor relevancia para la temática elegida, que abordaremos seguidamente; estos son la imparcialidad del juez y el estado de inocencia.

3.3.1. La imparcialidad.

La imparcialidad en el juzgador es tan importante en la teoría del proceso, que autores como Adolfo Alvarado Velloso entienden que se configura como un principio del Derecho Procesal, sin el cual el desarrollo de un debate se convertiría en una parodia de proceso puesto que sin esta garantía, se desnaturalizan los fines del mismo. Como sostiene Julio Maier¹⁵, *el juez se define por su imparcialidad, por su capacidad de juzgar sin verse su actividad*

¹³ COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos de derecho procesal civil*. 3ª edición, póstuma, Buenos Aires, Editorial Depalma. Año 1987.

¹⁴ En nuestra Constitución se encuentra reconocido en el **Art. 14**. *“Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos [...] a peticionar a las autoridades...”*

¹⁵ Conf. MAIER JULIO B.J. *“Derecho Procesal Penal T I. Fundamento”*. Editorial: Editores del Puerto S.R.L. Buenos Aires– año 2.004, 2ª edición, 3ª reimpresión, Pág. 739.

adulterada por el objeto o con los sujetos que participan del debate, pues debemos considerar que la credibilidad en el sistema de administración de justicia se expone ante la vulneración de tal garantía.

¿Cuál es el contenido de esta garantía? Maier nos señala que su contenido está sujeto al contexto cultural y político existente en un determinado tiempo y lugar. En nuestra legislación tenemos como delimitación de su contenido a los institutos de la excusación y recusación, pero actualmente esta garantía ha tomado una dimensión mucho mayor a partir del desarrollo jurisprudencial que ha tenido. En el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Llerena, Horacio Luis s/ abuso de armas y lesiones”¹⁶ se ha sostenido entre otras importantes conclusiones que *“La garantía de imparcialidad del Juzgador es uno de pilares en que se apoya nuestro sistema de enjuiciamiento, ya que es una manifestación directa del principio acusatorio y de las garantías de defensa en juicio y debido proceso en su vinculación con las pautas de organización del Estado”*¹⁷; pero, en lo pertinente a este trabajo, se concluyó que la imparcialidad tiene dos facetas diferenciadas, la subjetiva y la objetiva y que esta última opera cuando el justiciable sienta temor de parcialidad del juez por hechos objetivos del procedimiento. Entonces, ¿Es suficiente que se haya ordenado una prueba de oficio para temer la parcialidad del juez?

Como ha demostrado Botto Oakley en su obra, la prueba de oficio vulnera tal garantía pues en el momento en que se ordena, el juez pone en peligro la posición de uno de los contendientes, en el caso se trata de aquel que puede prever que será rechazada la tesis de la parte contraria por ser insuficiente la prueba producida por ella. ¿Es incorrecto que se ponga en peligro la tesis de quien no tiene la carga de probar? La respuesta es no, pero debe hacerse por la contraparte, por diligencia propia y en momento oportuno. No es oportuno que se ponga en peligro su tesis una vez que, extinguida la posibilidad de producir pruebas por las partes, puede prever para sí una decisión favorable. Evidentemente el potencial perjuicio para una de las partes por la medida es una razón que puede poner en tela de juicio la imparcialidad del juez, por lo menos en su faceta objetiva, puesto que el hecho de que la

¹⁶ CSJN, *Fallos* 328:1491

¹⁷ Considerando 9° del fallo antes citado.

autoridad conozca o no el resultado de la medida ordenada de oficio no tiene relevancia ya que no es imprescindible la intención de perjudicar, sino meramente la posibilidad de que ello ocurra.

3.3.2. El estado de inocencia.

Podemos definir al estado de inocencia como la garantía de toda persona por la cual se hace necesaria la existencia de un proceso judicial en donde se acredite indubitadamente la responsabilidad del particular que se reflejará en una condena que hace cesar tal estado solo hacia el futuro; caracterizado de esta forma, tal garantía ha sido siempre el bastión del derecho procesal penal, aunque a veces ha sido vapuleado por el uso excesivo de medidas cautelares en ese ámbito.

Vale preguntarnos, llegado este punto, si el estado de inocencia es también aplicable al proceso civil como garantía de los particulares. La doctrina se encuentra dividida en esta cuestión. Osvaldo Alfredo Gozaíni, por ejemplo, entiende que esta garantía solo se aplica a los procesos judiciales donde existe una pretensión de carácter punitivo, donde lo que se imputa al particular es una conducta pasible de ser sancionada¹⁸, al contrario de lo que ocurre con una pretensión de carácter civil; sin embargo podemos observar que no hay razón para diferenciar ambas pretensiones pues al adoptar una teoría general del proceso en la cual los conceptos teóricos esenciales sean comunes tanto para el proceso penal como para el civil, ya que como enseña el maestro Alvarado Velloso¹⁹ el proceso es un fenómeno único en el mundo no susceptible de clasificación, podemos advertir que una pretensión de carácter penal tiene los mismos elementos que una de carácter civil, estos son los sujetos, el objeto y la causa, por lo que no hay razón para mezquinar la aplicación de esta garantía al proceso donde se ventila una pretensión de carácter civil.

Es sabido que esta garantía se relaciona directamente con la carga de la prueba y, por extensión, con sus discusiones doctrinales, las cuales no son objeto de este trabajo, pero que vale mencionar para llegar a una conclusión

¹⁸ - GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. *“La presunción de inocencia. Del proceso penal, al proceso civil”*. Publicado en Revista Latinoamericana de Derecho. Año III, núm. 6, julio-diciembre de 2006, pp. 155 a 179.

¹⁹ ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Ob. Cit.

sobre la aplicación del estado de inocencia en el proceso civil. Una de ellas es la problemática relativa a quién tiene a su cargo la confirmación de los hechos controvertidos en el litigio, donde Gozaíni en su trabajo hace un *racconto* histórico que va desde la postura inicial romana donde la carga de la prueba estaba exclusivamente a cargo del actor, hasta los tiempos actuales donde, desde una perspectiva puramente activista, tal carga ya no sería una cuestión propia de las partes de confirmar lo que afirman en favor de su pretensión o defensa, sino en la actividad necesaria para alcanzar la verdad, asignando a la carga de la prueba el papel de un principio trabajado desde la solidaridad y colaboración entre litigantes. Quien critica esta postura con variados argumentos es Gabriel Di Giulio²⁰, quien hace notar que la existencia de un nuevo principio de colaboración y solidaridad entre partes litigantes no se justifica, por ser el proceso un fenómeno jurídico caracterizado por la controversia, los intereses antagónicos y la necesidad de debate adversarial, más allá de que tal debate, por el principio de moralidad, deba estar sometido a la buena fe, la lealtad procesal y la probidad; de tal forma, el autor pone de manifiesto que la única utilidad que encuentra el principio de solidaridad y cooperación es el de justificar el incremento de facultades decisorias del juez y posibilitar la alteración de los efectos de las cargas procesales, en detrimento del orden procesal, la previsibilidad y la legalidad, echando por tierra las reglas de la carga de la prueba.

¿Qué influencia tiene el estado de inocencia en la prueba ordenada de oficio? Para responder a esta pregunta debemos advertir que la carga de la prueba, como todo imperativo jurídico que existe en el propio interés de los particulares, se reduce a la actividad que las partes mismas deben llevar a cabo en la etapa confirmatoria para acreditar ante el juzgador aquello que hayan afirmado y en su oportunidad haya sido controvertido por su contraparte. Para el juez, esta carga implica que debe resolver, si existieren dudas sobre un hecho determinado, desfavorablemente para la parte que tenía el interés en acreditarlo y no lo hizo. ¿Por qué debe resolver de esta forma y no de otra?

²⁰ Los argumentos que da el autor para sostener su postura son variados y exceden en mucho el objeto de este trabajo. Para un análisis más profundo de la problemática sobre el pretendido principio de colaboración y solidaridad ver DI GIULIO, Gabriel H. “¿Colaboración y solidaridad en el proceso?” Ponencia presentada en el XI Congreso de Derecho Procesal Garantista. Octubre de 2010.

Botto Oakley²¹ asigna aquí un papel clave al estado de inocencia como pauta interpretativa: Al ser la carga de probar un imperativo jurídico en interés de la propia parte, su negligencia o inactividad debe conllevar necesariamente un perjuicio para ella misma y la solución a la insuficiencia de prueba (o duda en el juzgador) no puede ser resuelta por actividad oficiosa que redima de la situación desventajosa en la que se encuentra quien debió acreditar y no lo hizo, es aquí donde el estado de inocencia funciona como dirimente cuando en el juzgador existen dudas acerca de lo confirmado, pues no será necesario ordenar otra medida probatoria de oficio porque la incerteza que genera la duda es equivalente a no haberse acreditado lo que se afirmó.

4. Estado de derecho y límites al poder.

Si entendemos al Estado de derecho en la acepción substantiva que nos propone Ferrajoli, debemos partir de la concepción de que todo poder del Estado debe estar limitado por la ley, tanto en la forma como en el contenido de su ejercicio, pues las leyes y las instituciones que rigen a aquel deben ser concebidas en torno a la Constitución Nacional que es el fundamento jurídico de quienes detentan el poder en determinado tiempo y lugar, que quedan vinculados por sus principios de carácter sustancial, especialmente el principio de igualdad y la salvaguarda de los derechos fundamentales.

El principio de legalidad propuesto por el autor, en su modelo de estricta legalidad, es el primer instrumento que tienen los ciudadanos para limitar el ejercicio del poder mediante la predeterminación de aquellos actos que condicionan el ejercicio legítimo de cada poder, pues aquel se convierte en la fuente de legitimación de su ejercicio mediante la subordinación a la ley, no solo en cuanto a la forma de las decisiones sino también en cuanto al contenido de lo que puede o debe ser decidido. Por todo ello, enseña el jurista florentino, la esfera de lo discrecional se encuentra circunscripta y condicionada por la esfera de lo obligatorio y que está precisamente formada por los derechos fundamentales de todos.

²¹ Para una mayor profundidad en la explicación ver la obra de BOTTO OAKLEY, Hugo. *"Inconstitucionalidad de las medidas para mejor resolver"*. Editorial Fallos del Mes. Chile, Año 2001.

4.1. La función del juez.

La doctrina parece no ponerse de acuerdo en cuanto a cuál es la función que debe cumplir el juez en el proceso, existiendo una gran discrepancia en cuanto a si debe o no tener un rol activo en el mismo. Tanto es así que una de las posturas (la que sostiene que el juez debe ir en busca de la verdad de los hechos manteniendo una actividad afanosa en tal empresa) debe su nombre al rol activo del juzgador. Tal discusión doctrinaria tiene gran relevancia para la temática de este trabajo, pero no puedo pretender aquí exponer cuales son las posturas, los puntos de discrepancia y los argumentos encontrados, ni mucho menos intentar zanjar la cuestión, por lo cual me limitaré a enumerar las posibles funciones que se desarrollan en la etapa de confirmación del proceso para advertir cuales conciernen a las partes y cuales al juez.

Por haber dos líneas de pensamiento tan disímiles comenzaré por enunciar los roles en la actividad probatoria en las cuales hay relativa concordancia. La primera de ellas es la relativa a la materia sobre la cual deberá existir un pronunciamiento, siendo en ellas bien diferenciado el rol de las partes y el juez pues para las primeras incumbe la formulación de las alegaciones de hecho y para el segundo la recepción de tales alegaciones. Luego el juez tiene dos funciones que aquellas no tienen, ni pueden tener por ser éste quien debe obtener la certeza que le permitirá emitir el pronunciamiento final: Una de ellas es establecer aquellas alegaciones de las cuales, por ser controvertidas, deberá ser convencido²² y la otra es la valoración de la prueba producida. La función por la cual existe gran controversia es la relativa a quien debe (o puede) traer al proceso los elementos de confirmación que van dirigidos a que el juez forme su convicción. ¿Puede ser el mismo juez quien lo haga?

Sin dudas el juez ocupa el rol de quien detenta el poder del Estado en la relación que lo pone frente a dos sujetos que van a debatir en pie de estricta igualdad en el proceso. Por ello las partes, aunque antagónicas, comparten una característica que las diferencia de aquel tercero imparcial llamado a resolver el

²² Ver prólogo de Alex Carocca Pérez en la obra de BOTTO OAKLEY, Hugo. "Inconstitucionalidad de las medidas para mejor resolver". Editorial Fallos del Mes. Chile, Año 2001.

litigio, esta es que son destinatarios de la protección de las garantías sustanciales de la Constitución, en cambio el juez en su actividad debe guardar estricto cumplimiento a ellas, especialmente al principio de legalidad por el cual su actividad se encuentra vinculada tanto a las formas como a la sustancia de las normas de la Carta Magna. Por lo anteriormente dicho, debemos concluir que de ninguna manera puede ser el juez quien ordene la prueba para obtener su propia convicción pues la producción de la misma, por ser una carga, es en interés exclusivo de la parte que pretende una sentencia favorable.

4.2. La procedencia de la prueba de oficio.

Una de las preguntas que debemos hacernos necesariamente es acerca de los criterios de procedencia de este tipo de medida, es decir ¿Cuándo procede una medida probatoria ordenada de oficio? ¿Cuándo es razonable, conveniente o justo que sea ordenada una medida de esta naturaleza? Evidentemente el texto de la ley que otorga esta facultad al juez, no propone criterios objetivos de procedencia, dejando al entero arbitrio de cada uno de los magistrados, es decir a criterios subjetivos, la determinación de las pautas de procedencia de tales medidas. Es por ello que cuando se ordena una medida probatoria de oficio se deja en evidencia el carácter parcial y selectivo²³ con que se decretan lo que permite al juez detentar un gran poder, lo cual se corresponde con un incremento de la discrecionalidad y la arbitrariedad en el proceso.

Los criterios subjetivos de procedencia de este tipo de medida son tan discutibles como incontrolables por las partes a quienes perjudica, convirtiendo al accionar del juzgador en arbitrario. El filósofo guatemalteco Luis Recasens

²³ Acerca del carácter selectivo, Jorge W. Peyrano hace una observación muy particular al reconocer que *“es imposible pensar en un juez investigador de la verdad a todo trance”*, es decir, solo podrá hacerlo en ciertas ocasiones (que por cierto quedan a su criterio, de acuerdo a un pretendido nuevo “principio de oportunidad en el campo civil”). Para justificar que el juez pueda elegir cuando buscar la verdad y cuando no, divide las causas judiciales en cuatro grupos (haciendo una distinción arbitraria), estos son, ordenados desde los de menor a mayor complejidad, los casos “sencillos”, “corrientes”, “difíciles” y “extremos”. De acuerdo a esta división de casos, el juez deberá *“hacer un uso ponderado y circunstanciado del despacho de medidas para mejor proveer o prueba de oficio”*, pero no se habla de criterios objetivos de procedencia, sino solamente subjetivos. Para mayor profundidad ver PEYRANO, Jorge W., *“El juez y la búsqueda de la verdad en el proceso civil”*. Publicado en La Ley el 25 de Febrero de 2011.

Siches²⁴, dedica unas palabras en su obra al estudio de la arbitrariedad en el derecho, diciendo que tal término se aplica a “*aquellos actos que proceden de quien dispone del supremo poder social efectivo y que se entienden como antijurídicos*” y que se caracteriza por ser un “*acto de fuerza que no se funda en ningún criterio previo general, simplemente hace prevalecer un ‘capricho’ no reductible a criterio fijo*”. Traigo a colación estas palabras de tan elocuente jurista pues esta definición le cabe perfectamente a la prueba ordenada de oficio, sujeta a criterios subjetivos que son incontrolables por las partes en el proceso y que no responden a una regla general, lo que torna impredecible el desarrollo del proceso, pues tal actividad va en contra de la aspiración de certeza y seguridad que motiva al Derecho.

4.3. ¿Cuánto poder?

Incluso en la ciencia, cuya finalidad es la búsqueda de la verdad en términos absolutos, se descarta la posibilidad de completar en su totalidad tal empresa pues, en palabras del filósofo Karl Popper²⁵, “*La ciencia será siempre una búsqueda, jamás un descubrimiento real; es un viaje, nunca una llegada*”. Por supuesto que tal afirmación se encuentra en oposición a la imperiosa necesidad del hombre de conseguir la verdad; de saber cómo son las cosas y como fueron. Entonces, si es utópico pensar en que en el trabajo científico, en donde un conocimiento actual para ser válido debe estar sujeto a crítica y a la posibilidad de ser refutado ulteriormente, ¿Por qué habremos de pensar que en un proceso judicial, donde ni siquiera se utiliza un método científico, se pueda alcanzar tal utopía?

Más allá de la discusión en cuanto a la función del juez en el proceso, debemos preguntarnos cuál es la misión del mismo, entendido este término como un deber moral o, si se quiere, como el cometido que la colectividad le encarga, teóricamente hablando. Si la búsqueda de la verdad es la misión del juez, estaríamos abriendo la puerta a la eliminación de los obstáculos en tal empresa, corriendo el riesgo de que el poder ejercido por el juez en el proceso

²⁴ RECASENS SICHES, Luis. “Filosofía del Derecho” Primera edición. Editorial Porrea S.A. México, año 1959.

²⁵ Popper, Karl (1934). “La lógica de la investigación científica”. Traducido por Víctor Sánchez de Zavala (1ª edición). Madrid: Editorial Tecnos (publicado en 1962)

se extralimite, incluso se podría pensar en que se llegue a ignorar las alegaciones de hecho introducidas por las partes, que son el primer y fundamental obstáculo a la búsqueda de la verdad. Si aceptáramos que esto es así, es decir que el juez tiene la misión de buscar la verdad, debemos preguntarnos quién ha encomendado tal misión ¿La sociedad? ¿La justicia? ¿El poder?, parece una pregunta sin respuesta, o por lo menos si existiera alguna sería meramente argumentativa, sin sustento científico o fáctico. Tal vez la misión única que tengan los magistrados en una República sea la de la recta aplicación de la ley, pero coherentemente tanto en su dimensión formal, como en lo sustancial con la Carta Magna, pues esta misión sí se encuentra fundamentada en la Constitución Nacional y por aquellos hombres que, oponiéndose al absolutismo precedente, representando al pueblo de la Nación Argentina y reunidos en Congreso General Constituyente, soñaron con una Argentina libre e igualitaria.

No se trata aquí de intentar definir el perfil político ni del proceso ni del sistema político de determinado Estado por el simple hecho de adoptar o no en su legislación los poderes probatorios en la figura del juez²⁶, pues difícil es que esta sea la única variable que nos permita analizar tales aspectos que exceden en gran medida la temática de la prueba de oficio, pues no existe relación entre el proceso y la política más que la de subordinación de esta a aquél, pues debe ser asumida, como sostiene Ferrajoli, como instrumento para la actuación del derecho y no a la inversa.

Tampoco se trata de limitar los poderes del juez a tal punto de convertirlos en “la boca de la ley” como lo proponía la escuela de la exégesis, sino de replegarlo en su justa medida, manteniendo todo el poder que sea necesario para asegurar el estricto cumplimiento de los derechos y garantías

²⁶ Taruffo habla de sistemas políticos autoritarios o liberales haciendo un análisis histórico de distintos ordenamientos jurídicos que reconocían o no poderes probatorios al juez, llegando a la conclusión de que no siempre que un sistema político tiene un perfil autoritario ha reconocido poderes probatorios al juez, sino que por el contrario muchas veces han suprimido tales poderes, y también que no siempre que un sistema político ha tenido un perfil liberal ha restringido dichos poderes, sino que por el contrario muchas veces los han reconocido. Tal análisis no tiene relevancia para determinar si la prueba de oficio respeta o no el principio de Legalidad en un Estado de derecho y al constitucionalismo rígido, pues además de ser restringido en el tiempo y espacio, no demuestra científicamente la relación que existe entre el proceso judicial y el sistema político sino que, por el contrario sirve para ilustrar que no existe tal relación. Para mayor profundidad en el análisis ver TARUFFO, Michele. “Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa”. Publicado en La Ley el 09 de Agosto del año 2010.

de todos, conservando su excelsa misión de observar la recta aplicación de la ley y, en palabras del autor antes mencionado, reafirmando su relación con la misma que *no es ya la sujeción a la letra de la norma cualquiera sea su significado, sino sujeción ante todo a la Constitución, que impone al juez la crítica de las leyes inválidas a través de su reinterpretación en sentido constitucional o su denuncia por inconstitucionalidad.*

Entiendo por lo anteriormente dicho, que la cuestión referida a los poderes del juez y a su dimensión cuantitativa se relaciona con la búsqueda de la verdad, en cuanto mientras más esfuerzo le demandemos como sociedad a la autoridad en tal tarea, mayores serán sus poderes, soportando el riesgo que implica este reconocimiento para el pleno goce de las garantías, derechos y libertades fundamentales de todos.

5. Conclusión.

He llevado a cabo este trabajo siguiendo la estructura propuesta por Ferrajoli²⁷ para la investigación y análisis crítico del derecho ilegítimo en un Estado de derecho, esto es, en primer lugar la identificación de la norma presuntamente ilegítima, luego su crítica y, finalmente, la resolución de las contradicciones con los principios que recepta nuestra Constitución. La consecuencia inevitable de este trabajo es la propuesta de comenzar a pensar en un proceso en el cual la autoridad no cuente con la facultad de ordenar medidas probatorias, y por lo tanto, la abrogación de tales facultades del juez en toda legislación que se jacte de ser respetuosa de los derechos y las libertades fundamentales del individuo, como parte del perfeccionamiento del procedimiento y la transformación del Derecho en dirección del respeto y la igualdad, pues entiendo que esta es la forma de reafirmar aquellos principios que, desde hace tiempo, participan del contenido de la definición tradicional del concepto de República a través del objeto de estudio de nuestra materia: El proceso y los problemas que le son conexos.

El paradigma garantista tiene importantes puntos de conexión con los ideales republicanos, como se puede ver principalmente en el propósito que

²⁷ FERRAJOLI, Luigi. Ob. Cit.

guía sus deseos, esto es, evitar los posibles abusos de aquellos que tienen el poder en un lugar y tiempo determinado o de las mayorías y, por otro lado, la finalidad que ilumina su camino, me refiero a la adecuada protección de los derechos fundamentales y las libertades civiles de los ciudadanos; pero además coinciden en cuanto a las herramientas que entienden necesarias para lograr tales objetivos: el respeto de la soberanía de la ley por sobre cualquier voluntad individual o colectiva, y de la igualdad ante ella de todos sus ciudadanos

Por todo lo anteriormente dicho, debemos concluir que el juez que suple la inactividad, negligencia o error de una parte, está cumpliendo con una carga de ella que es en su propio interés, por lo cual no solo se estaría violando el principio de igualdad del Art. 16 de nuestra Carta Magna, sino también el principio procesal de la Imparcialidad en el juzgador receptado en el Art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos e ignorando por completo la aplicación de la garantía constitucional del estado de inocencia en el proceso civil.

El paradigma constitucional desde su origen ha servido a la noble causa de la limitación al poder y la amplificación de las libertades de los ciudadanos, siendo su bastión en esta lucha la subordinación de todo poder a la ley, por ello y en honor a su sublime misión, no podemos asumir que el logro de la verdad objetiva esté por encima de la ley en un Estado de derecho, pues el juez, a contramano de lo que se ha sostenido, no debe librar una batalla para superar rigideces técnicas que puedan perjudicar la eficacia del proceso, sino que es el derecho mismo quien debe hacerlo y a través de él podremos perseguir la justicia.

Si como sociedad estamos dispuestos a permitir el avasallamiento de las garantías constitucionales, cuya consecución ha costado tanta sangre, tinta y tiempo, a cambio de la persecución de una pretendida verdad absoluta a la cual solo podemos acercarnos pero nunca alcanzar, que además, en opinión de sus propios sostenedores, es de carácter limitado y selectivo, entiendo que estaremos pagando un precio muy alto y corriendo el riesgo de no obtener ni una cosa, ni la otra.

Bibliografía general

- ALVARADO VELLOSO, Adolfo. "Introducción al estudio del Derecho Procesal". Editorial Rubinzal-Culzoni. Santa Fe, República Argentina. Año 2008.
- BOTTO OAKLEY, Hugo. "Inconstitucionalidad de las medidas para mejor resolver". Editorial Fallos del Mes. Chile, Año 2001.
- DI GIULIO, Gabriel H. "Nulidades procesales". Editorial Hammurabi. Buenos Aires, República Argentina. Año 2005.
- DI GIULIO, Gabriel H. "¿Colaboración y solidaridad en el proceso?". Ponencia presentada en el XI Congreso de Derecho Procesal Garantista. Octubre de 2010.
- FERRAJOLI, Luigi. "El garantismo y la filosofía del Derecho". Editado por el departamento de publicaciones de la Universidad externado de Colombia. Bogotá, Colombia. Julio del año 2000.
- GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. "La presunción de inocencia. Del proceso penal, al proceso civil". Publicado en Revista Latinoamericana de Derecho. Año III, núm. 6, julio-diciembre de 2006, pp. 155 a 179.
- PEYRANO, Jorge W. "El juez y la búsqueda de la verdad en el proceso civil". Publicado en La Ley el 25 de Febrero del año 2011.
- RECASENS SICHES, Luis. "Filosofía del Derecho" Primera edición. Editorial Porrea S.A. México, año 1959.
- SCHMIDT, Carl. "Legalidad y legitimidad". Traducción hecha por José Díaz García. Editorial Struhart & Cía. Buenos Aires, República Argentina. Año 1994.
- TARUFFO, Michele. "Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa". Publicado en La Ley el 09 de Agosto del año 2010.

- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. "La independencia del Poder Judicial en su marco histórico" en AA. VV. "El sistema penal Argentino". Editorial Ad-Hoc. Buenos Aires, República Argentina. Año 1992.