
La oralidad civil y las facultades probatorias del Juez

Leandro Fabián Barusso*

I. Introducción

Recientemente el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos ha publicado un Anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, elaborado por una comisión de prestigiosos procesalistas.¹ Entre sus innovaciones más relevantes está la incorporación de un proceso de conocimiento oral por audiencias, con registro audiovisual de las mismas.

En la Provincia de Buenos Aires también se ha elaborado un Proyecto de Código Procesal en lo Civil, Comercial y de Familia,² que ya tiene estado parlamentario y que también consagra un proceso oral por audiencias.

De obtener sanción, estos proyectos seguirán los pasos de algunos códigos procesales provinciales (Tierra del Fuego, La Pampa y Río Negro, más los recientes códigos procesales civiles de Chaco, Santa Cruz y Mendoza) que han instaurado la oralidad, ya desde hace algunos años.

Aunquela oralidad civil todavía no tiene consagración legislativa, ya hace algunos años que se vienen registrando en el orden de la Justicia Nacional y de la Provincia

* Abogado. Profesor de Derecho Procesal Civil y Comercial Universidad de Buenos Aires (UBA) y Universidad Nacional de José C. Paz (UNPAZ). Miembro del Ateneo de Estudios Procesales de la Ciudad de Buenos Aires "Dr. Lino Palacio".

¹ Elaborado en el marco del Programa Justicia 2020 por la Comisión Redactora designada por RESOL-2017-496-APN-MJ y RESOL-2017-829-APN-MJ. La Comisión Redactora estuvo integrada por Roland Arazi, Patricia Bermejo, Rubén Calcaterra, Gustavo Calvino, Hernán Calvo, Héctor M. Chayer, Mabel de los Santos, Agustina Díaz Cordero, María Lilia Gómez Alonso, Adrián Grassi, Pablo Grillo Ciochini, Francisco Hankovits, Mario Kaminker, Ángela Ledesma, Juan Pablo Marcet, Eduardo Oteiza, Jorge Peyrano, Jorge Rojas, José María Salgado, Claudia Sbdar, y Andrés Soto. Santiago Pereira Campos, reconocido procesalista uruguayo, actuó como facilitador del proceso.

² Proyecto elaborado por la "Comisión para la elaboración del proyecto de ley de reforma y actualización integral del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires" creada por Res. 2017-399-E-GDEBA-MJGP y cuyos miembros fueron designados por Res. 2017-690-E-GDEBA-MJGP (la "Comisión"). Esta comisión estuvo integrada por profesionales de todos los ámbitos (Poder Legislativo, Poder Judicial, Asociación de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires, y Colegios de Abogados).

de Buenos Aires,³ experiencias de oralidad en el marco de programas piloto.

En este plano se destaca la experiencia pionera de la Cámara Nacional en lo Civil, que desde el año 2007 ha invitado a los jueces a participar de la denominada “*experiencia piloto de oralidad filmada*”, habiendo elaborado un protocolo instructivo con pautas para que los jueces implementen el sistema de oralidad filmada en el contexto del CPCC vigente.⁴

La experiencia piloto consistió en llevar a cabo un proceso por audiencias con la registración del comparendo mediante sistemas audiovisuales. Permitió concluir sobre los beneficios de la oralidad complementada por la filmación de las audiencias, y así lo destacaron en diversas publicaciones varias magistrados que participaron de la práctica.⁵

En lo que concierne a la temática del presente artículo mencionaré que a través de la propia experiencia profesional, y en diversos encuentros académicos, ya sea a través de extractos de las audiencias filmadas y/o del relato de sus protagonistas, hemos podido apreciar que el logro de la intermediación en la audiencia oral se encuentra íntimamente vinculado con la labor “artesanal” de los jueces intervinientes.

La intermediación oral exige a los jueces competencias no tradicionales, tales como la capacidad de coordinar y dirigir la audiencia, de moderar el debate, de comprender empáticamente los intereses de las partes y otras destrezas, que no resultaban relevantes en el marco del proceso escrito y que por ende plantean nuevos desafíos a los jueces civiles. En la misma medida, emplazan a los abogados litigantes a capacitarse en las estrategias propias del proceso oral.

188

En mi opinión, los mejores resultados en el logro de la intermediación son obtenidos por aquellos jueces que ejercen activamente la dirección de las audiencias, a través de la comunicación personal con las partes en la audiencia preliminar y mediante una participación activa en la producción de la prueba testimonial y pericial, en el marco de la audiencia de vista de causa.

Sin embargo, cuando recurrimos a la literatura especializada en oralidad, encontramos que la admisión de facultades probatorias de oficio, o la intervención

³ En la Provincia de Buenos Aires con el antecedente de una prueba piloto realizada en el año 2012 (Resolución 1904/12), la Suprema Corte de Justicia en 2016 aprobó el desarrollo del proyecto de Implementación de la Oralidad en los procesos civiles (Resolución 2761/16). El proyecto vigente se inició el 1° de agosto de 2016 con la participación de 55 juzgados. Al comenzar el año 2018 eran 88 los organismos que adhieren a este programa para el cual sus jueces y auxiliares reciben capacitaciones específicas en el ámbito del Instituto de Estudios Judiciales

⁴ Conforme Acordada 1068 de 2007. En el año 2013 se elaboró un nuevo instructivo para la experiencia piloto por la Comisión de Oralidad, aprobado por Acordada nro. 1120 de 2013 y es el actualmente vigente.

⁵ Publicaron trabajos sobre el resultado de la experiencia, los jueces del fuero Civil en materia patrimonial, Dres. Alejandra Abrevaya, Gustavo Caramelo Díaz, Gabriela Iturbide, Celia Ángeles Pérez, Ana Inés Sotomayor y Alejandro Verdaguer, entre otros.

del Juez en la producción de la prueba en las audiencias de juicio oral, de modo que muchas de estas prácticas “activistas”, en las cuales el Juez se involucra en la producción de la prueba, interroga a testigos o a peritos, o propone prueba de oficio son consideradas conductas que pueden comprometer su imparcialidad y afectar el debido proceso adjetivo. De esta manera son desaconsejadas, tanto en la práctica como en el diseño normativo.

En este punto es necesario poner de resalto que en nuestro medio, y en Latinoamérica en general, la oralidad ha sido introducida de la mano de los procesos penales acusatorios con anterioridad a su incorporación a los procesos civiles, desarrollándose una importante corriente doctrinaria a partir de la transición de los modelos inquisitorios o mixtos, hacia el modelo de proceso acusatorio adversarial.

La tesis que intentaré sostener en el presente trabajo es que muchos de los postulados sobre la actuación del juez en las audiencias orales responden a presupuestos principios y garantías propios del proceso penal, y no pueden aplicarse sin una adaptación crítica sistema del civil.

A los fines de ilustrar este punto, en primer lugar efectuaré una breve reseña del rol que la literatura especializada adjudica al Juez en el contexto de las distintas audiencias orales. En segundo término analizaré las soluciones que en la materia proponen los recientes anteproyectos de Código Procesal. Finalmente, expondré algunas razones a favor de la admisión de facultades probatorias de oficio al juez civil en el proceso por audiencias. Como se verá en la argumentación pertinente, para abordar este tema resulta ineludible el debate sobre el papel de la verdad en general en el proceso legal, y en particular, en el sistema del proceso civil.

189

II. El rol del Juez en las audiencias en el proceso penal acusatorio -adversarial

Algunos autores del derecho procesal penal sostienen que la garantía constitucional y convencional que exige que la condena penal este precedida por un “juicio previo”, es violada cuando ese juicio se desarrolla bajo una forma escrita, porque de esa manera no existe inmediación ni verdadero contradictorio, al no permitir esa forma procesal un diálogo que permita la contradicción.⁶

Los procesos de reforma de los sistemas penales en Latinoamérica estuvieron centrados en dos ejes primordiales. El primero: el reemplazo del sistema inquisitorio por el sistema acusatorio, relevando al juez penal de funciones que no le eran propias tales como la de conducir la investigación, ahora delegada totalmente al fiscal, o la correspondiente a la gestión administrativa del tribunal.

El segundo eje ha sido el establecimiento de la oralidad como forma de resolver

⁶ BINDER, Alberto, Introducción al derecho procesal penal, Ed. Ad Hoc, 2da. Edición, 2016.

los casos, con observancia de los principios de oralidad, intermediación, publicidad, imparcialidad y de resolución del conflicto como principios generales del sistema. Mientras los primeros códigos acusatorios en la región sólo contemplaban la oralidad para la instancia del juicio oral, los siguientes códigos ya la establecieron para la toma de decisiones durante todo el proceso.

La doctrina penal distingue distintos perfiles de actuación del Juez en audiencias según se trate de audiencias a celebrarse en la etapa de investigación penal preparatoria, o de la audiencia de juicio. También cabe acotar que dentro de un sistema penal acusatorio estas audiencias corresponderán a distintos jueces: al Juez de garantías cuando la causa se encuentra en etapa de investigación penal preparatoria y al Tribunal oral o Juez unipersonal de juicio, durante el juicio oral.

Gonzalo Rúa y Leonel González⁷ explican que en la *etapa penal preparatoria* las audiencias orales que pueden suscitarse son: a) la audiencia de control de detención, que es aquella en la cual el fiscal debe fundamentar la legalidad de la detención, b) la audiencia de formalización de la imputación y discusión de medidas cautelares, c) la audiencia de acuerdos reparatorios y, d) la audiencia de suspensión del proceso a prueba.

Postulan que esas audiencias, el Juez *de garantías* debe adoptar un rol activo tendiente a obtener información y a controvertirla con la defensa, debiendo realizar preguntas aclaratorias sobre los puntos que no queden claros de los hechos, tanto respecto de la exposición de la acusación como la de la defensa.

190

Deberá exigir al fiscal que fundamente la legalidad de la detención en la *audiencia de control de la detención*, que explicita el hecho que se atribuye al imputado, la calificación legal y el grado de participación en la *audiencia de formalización de la imputación* e interrogar a la defensa en ambos casos, a los fines de escuchar las objeciones que esta pudiera oponer y de esa manera favorecer el contradictorio.

En consecuencia el rol del Juez de garantías en la investigación penal preparatorio es activo, en la medida que debe emplazar tanto al fiscal como a la defensa a fundar sus peticiones y objeciones.

Pero lo que aquí tiene mayor relevancia por su semejanza con la audiencia de vista de causa civil, es el rol del Juez en la *audiencia de juicio oral*.

En este punto, los autores que se han especializado en oralidad sostienen que el juicio oral adversarial, los jueces o el tribunal de juicio carecen de todo tipo de potestad respecto a la prueba.

Rúa⁸ considera que las normas que permiten al Juez introducirse en la producción probatoria ya sea ordenándola de oficio o interviniendo en el momento

⁷ RUA, Gonzalo y GONZALEZ, Leonel, El rol del juez en un sistema adversarial. Fundamentos y técnicas de conducción de audiencias, <http://inecip.org/documentos/el-rol-del-juez-en-un-sistema-adversarial-fundamentos-y-tecnicas-de-conduccion-de-audiencias/>

⁸ RUA, Gonzalo, Examen directo de testigos. Ediciones Didot 1º ed. Reimpresión 2016, Colección Litigación y enjuiciamiento penal adversarial, Director Dr. Alberto Binder.

en que la misma se materializa en la audiencia de juicio oral afectan garantías constitucionales, pues considera que un Tribunal que produce prueba pierde su imparcialidad en el caso.

Comenta este autor que:

El motivo por el cual el juez no puede inmiscuirse en la producción de prueba está centrado en la clara división de roles en el proceso penal. El Juez, a diferencia de las partes, no gestiona ningún tipo de interés (...) Por el contrario, mientras el acusador gestiona el interés de la víctima y de la sociedad, la defensa gestiona el interés de su asistido. Es en esta división de intereses que las partes tienen la potestad y obligación de ofrecer la prueba que mejor satisfaga su teoría del caso. Por el contrario, el juez no maneja ninguna teoría del caso, razón por la cual tampoco puede ordenar la producción aun cuando creyera que esta pudiera favorecer a la defensa.⁹

En un mismo orden de ideas considera que la producción oficiosa de prueba en la audiencia de juicio genera asimismo una afectación a la garantía de defensa en juicio pues el ámbito propicio para ese contradictorio es la *audiencia preparatoria de juicio* donde las partes peticionan ante un juez imparcial la admisión de la prueba que ofrecen y pueden asimismo objetar la ofrecida por la contraria. En cambio la producción de oficio por parte del tribunal impide a las partes debatir sobre su admisibilidad. Por ello muchos códigos procesales penales modernos directamente prohíben al tribunal toda injerencia o potestad sobre la prueba.¹⁰

191

Otro argumento en que se funda esta concepción sostiene que si se otorgan facultades probatorias al tribunal ello afecta su imparcialidad porque le permite tomar contacto con el expediente más allá de las evidencias que van a producirse en la audiencia oral. Si así fuera, el Juzgador tomaría contacto “con las evidencias de una instrucción preliminar que adolece del resguardo constitucional que reviste y caracteriza al juicio oral, pues ellas han sido obtenidas en la mayoría de los casos, sin contradicción y sin intermediación, particularidad que, en principio las invalida para consolidar una sentencia condenatoria”.¹¹

Partiendo de estos principios, a los cuales se le adjudica raigambre constitucional, se considera que el juez de juicio no puede ordenar medidas probatorias de oficio, y en la audiencia de juicio oral debe adoptar un rol pasivo a efectos de mantener su imparcialidad.

⁹ RUA, Gonzalo, obra citada, p. 38.

¹⁰ RUA cita en esta línea legislativa al Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los Códigos procesales penales de Santa Fe, Chubut, Neuquén, Río Negro y el Código Nacional de Procedimientos Penales de México entre otros.

¹¹ GOMEZ URSO, J. citado por RUA, Gonzalo, obra citada, p. 38.

De esta manera no debería interrogar a testigos o peritos, permitiendo que las partes lo hagan en forma exclusiva.

Su actuación debe limitarse a resolver a resolver las objeciones de las partes frente a preguntas que consideran inadecuadas por ser impertinentes, o a formular *preguntas aclaratorias*, entendiéndose por tales a las que están orientadas a interrogar sobre una respuesta dada por el testigo, la que no fue escuchada o comprendido su alcance.¹²

III. La iniciativa probatoria de oficio en los proyectos de reforma procesal civil

La observancia estas reglas y principios en el ámbito civil es sin embargo problemática, y requiere una especial labor hermenéutica.

Como fuera planteado precedentemente, esta tensión se presenta en especial en relación al principio que veda al Juez toda iniciativa probatoria.

Este rol pasivo y abstinento del Juez resulta contrario a las prácticas que los jueces civiles han venido llevando a cabo en las experiencias piloto de oralidad, donde su intervención en materia probatoria ha demostrado ser eficaz para la obtención de prueba de calidad y asimismo para la moralización de los procesos.

192 La plena observancia de esta directiva doctrinaria también entra en tensión con los anteproyectos y proyectos de reforma de los procesos no penales en nuestro medio, en la medida que estos autorizan, en mayor o menor medida, facultades oficiosas en relación a la actividad probatoria.

El reciente *Anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Nación* elaborado en el marco del programa Justicia 2020 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (que llamaremos en adelante abreviadamente el “Anteproyecto”), reconoce al Juez la posibilidad de disponer pruebas de manera oficiosa y asimismo autoriza su participación en la producción de la prueba en ocasión de la audiencia de vista de causa. De modo similar lo hace el *Proyecto de Código Civil y Comercial y de Familia para la Provincia de Buenos Aires* (al cual referiré en adelante abreviadamente como “Proyecto CPCCFBA”).

El Anteproyecto establece como principio general en la materia un texto similar al art. 36 inc. 4º del código vigente, estableciendo deber de esclarecer la verdad de hechos y una amplia iniciativa probatoria oficiosa en consecuencia. Así, en su art. 45, establece: “Son deberes de los jueces: m) Ordenar fundadamente las medidas de prueba necesarias para el esclarecimiento de la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes” y “n) Disponer en

¹² LORENZO, Leticia, Manual de Litigación Civil, 2017 Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA, p. 128.

cualquier momento la presencia de las partes, de los testigos y/o de los peritos;”.

En el mismo sentido, el art. 215 que define los “medios de prueba”, dispone que: “La prueba deberá producirse por los medios previstos expresamente por la ley y por los que el juez disponga, a pedido de parte o de oficio, siempre que no afecten la moral, la libertad personal de los litigantes o de terceros o no estén expresamente prohibidos para el caso”.

Tanto el Anteproyecto, como el Proyecto CPCCFBA prevén como medio de prueba el “libre interrogatorio a las partes”, con obligación para la partes de decir verdad, suprimiendo ambos la prueba confesional.

El Anteproyecto prevé que: “En ocasión de la audiencia preliminar, la de vista de causa o cuando el juez de cualquier instancia lo considerare pertinente, podrá interrogar libremente a las partes sobre la cuestión que se ventila. Las partes tienen el deber de decir verdad” (art. 236). El Proyecto CPCCFBA de manera similar establece en cuanto a la “Forma del interrogatorio” que “El tribunal formulará a quien debe declarar las preguntas que estime convenientes, en forma clara y precisa” (art. 407).

En la misma línea, al regular el Anteproyecto la prueba testimonial, establece que: “Los testigos serán libremente interrogados por el juez, en oportunidad de la audiencia de vista de causa, acerca de lo que supieren sobre los hechos controvertidos. A continuación, las partes podrán preguntar a los testigos”, con lo que establece una orden en la secuencia de interrogatorios, otorgando prioridad al formulado de oficio. Similar regla establece el Proyecto CPCCFBA que establece: “Los testigos serán libremente interrogados por el juez, en forma inexcusable, bajo pena de nulidad insanable, acerca de lo que supieren sobre los hechos controvertidos. Luego serán libremente interrogados por la parte proponente y las restantes, bajo la dirección y control del juez.” (art. 431).

El Anteproyecto también recepta de manera amplia la iniciativa probatoria de oficio en la prueba testimonial cuando establece: “Prueba de oficio. Además de otras facultades, el juez podrá disponer de oficio la declaración, en el carácter de testigos, de personas mencionadas por las partes en los escritos constitutivos del proceso o cuando, según resultare de otras pruebas producidas, tuvieren conocimiento de hechos que puedan gravitar en la decisión de la causa. Asimismo, podrá ordenar que sean examinados nuevamente los ya interrogados, para aclarar sus declaraciones o proceder al careo.” (art. 269). Similar previsión contiene el Proyecto CPCCFBA en su art. 439.

También acepta la iniciativa probatoria de oficio en lo que respecta a la prueba pericial, estableciendo el art. 288 que el pedido de explicaciones a los peritos se realizará en la vista de causa, y que: “Cuando el juez lo estimare necesario, podrá disponer se practique otra pericia o se perfeccione o amplíe la anterior, por el mismo u otro perito”. Similar previsión contiene el Proyecto CPCCFBA en su art. 458.

De lo expuesto, surge que ambos proyectos de reforma establecen una amplia iniciativa probatoria al órgano judicial, y autorizan la participación de los jueces en

la producción de los distintos medios de prueba en la audiencia de vista de causa.

Los Códigos provinciales que han incorporado la oralidad asimismo reconocen poderes-deberes, ordenatorios e instructorios (arts. 33, CPCCER, 37, CPCC La Pampa, 50, CPCC Chaco, 35, CPCC San Juan, 36, CPCC Santa Cruz).

IV. ¿La iniciativa probatoria del juez civil compromete su imparcialidad? La verdad y el proceso civil. Algunas ideas para un debate abierto

A la luz de las soluciones que prevén los proyectos de reforma, intentaré esbozar algunas razones para sostener que el reconocimiento de facultades oficiosas del Juez civil en la producción de la prueba y su intervención en la producción oral de la misma, no comprometen su imparcialidad, atento la existencia de presupuestos diferentes entre el proceso civil y el proceso penal acusatorio:

- 1) El primer argumento reseñado en el capítulo anterior reside en que el Tribunal o Juez oral no debe conocer las constancias de la causa en forma previa a la audiencia oral, pues ello implicaría que pudiera tener una “teoría del caso” propia, un prejuicio previo a la producción de la prueba en audiencia oral, y que ello afectaría su imparcialidad.

194

Entiendo que este presupuesto no resulta aplicable al proceso civil por audiencias, por lo menos en la forma que se encuentra previsto en los anteproyectos y proyectos en nuestro país, ya que en los mismos se prevé que todo el proceso sea dirigido por el mismo órgano judicial.

El estado de ignorancia de la causa que se postula respecto del Juez penal en la audiencia de juicio, solo puede darse en virtud del desdoblamiento existente en el proceso penal acusatorio, donde en las etapas de la investigación preparatoria actúa un Juez de Garantías, y en la audiencia de juicio oral actúa un Tribunal o Juez de Juicio que no intervino previamente en la causa.

Este estado de ignorancia no es posible en el proceso civil por audiencias, donde es el mismo Juez quien interviene desde la interposición de la demanda. Es el mismo Juez quien decide la admisión de los medios probatorios en audiencia preliminar, y previo a la audiencia de vista de causa puede haber resuelto excepciones previas o incidencias, o haber ordenado medidas cautelares, resoluciones cuyo dictado implica necesariamente una cognición provisional, y por lo tanto, el conocimiento de los términos de la contienda. De igual manera, en el proceso civil las partes aportan prueba documental con la demanda y su contestación, revistiendo esta prueba la validez que la ley le atribuya a cada documento, sin que su validez se vea supeditada a su incorporación mediante otros medios de prueba en la audiencia de juicio, como ocurre en el proceso penal. Ello implica que previo a la audiencia de

vista de causa, ya se ha producido prueba válidamente en el proceso, y el Juez debe conocerla.

- 2) Una segunda cuestión reside en la importancia que se le debe dar a la búsqueda de la verdad como finalidad del proceso civil.

Algunos autores consustanciados con la concepción moderna de la oralidad postulan un desplazamiento de la finalidad del proceso desde la “búsqueda de la verdad”, hacia el valor consistente en la resolución de conflictos en términos de “*búsqueda de la solución más pacífica posible*”¹³.

Esta línea de pensamiento se enrola dentro de las teorías de la *procedural justice*, según las cuales el proceso es esencialmente justo en cuanto se basa en el libre juego de las partes en el ámbito de la contienda procesal, y la justicia sustancial de la decisión final depende exclusivamente del procedimiento que le precede, sin que resulte relevante a este fin el contenido de la decisión. Una de las consecuencias de adherir a esta postura es que no existiría razón para otorgarle al Juez facultades oficiosas en materia de prueba, ya que la labor primordial del Juez de juicio es garantizar es la posibilidad del contradictorio entre las partes del proceso, debiendo ser las partes quienes ofrecen y producen la prueba.

Taruffo analiza diversas teorías que por distintas razones niegan o relativizan la posibilidad de la verdad en el proceso civil y postulan la búsqueda de la verdad como una empresa que no resulta relevante a los fines de la resolución del conflicto. Objeta este pensamiento por partir de una premisa falsa:

*No es verdad que exista una incompatibilidad entre el proceso como solución de conflictos y la búsqueda de la verdad de los hechos, ya que se podría razonablemente decir que un buen criterio para resolver los conflictos es el de fundamentar la solución sobre una determinación verdadera de los hechos que están en la base de la controversia.*¹⁴

En este mismo orden de ideas rechaza la asociación que relaciona la búsqueda de la verdad con los modelos inquisitivos, y al sistema dispositivo con posiciones escépticas respecto a la verdad en el proceso.

Al respecto menciona que: “mientras no está claro que éste último modelo (el inquisitivo) esté orientado por definición, hacia la búsqueda de la verdad y mucho menos que asegure su obtención, no es segura ni siquiera la

¹³ Leticia LORENZO expone esta posición en su Manual de Litigación Civil, 2017 Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA, p.18.

¹⁴ TARUFFO, Michele, La prueba de los hechos, Ed. Trotta, 4ta. Edición, 2011, p. 39.

incompatibilidad entre la búsqueda de la verdad y el modelo dispositivo”. Este es un debate todavía abierto, y por cierto, muy actual. En el acotado ámbito de este trabajo me limitaré a sostener que si se concibe como relevante un “*interés estatal en la búsqueda de la verdad*” -que no sería sino un interés de la sociedad respecto de calidad de las sentencias- en el proceso penal acusatorio este no se personifica en el Juez, *sino en la persona del fiscal*.

En efecto, en el acusatorio, la representación del estado está desdoblada en dos sujetos: el fiscal, y el Juez (ya sea de juicio, o de garantías). El fiscal es la personificación del interés estatal en la verdad de los hechos, ya que tiene a su cargo la investigación de los mismos, en principio en forma no limitada, mientras que el Juez ha sido relevado de esa función de investigación, limitándose en el caso del Juez de juicio, a la función decisoria. Binder sostiene que en el sistema acusatorio *el Juez no busca la verdad, sino que se la exige a los acusadores*.¹⁵

En el proceso penal hay una sola parte que debe probar (el imputado no tiene la carga de probar nada pues lo ampara el principio de inocencia), y esa parte es un agente estatal conduciéndose mediante una actividad reglada, con lo cual el interés estatal o social por la verdad se considera resguardado, y en ese contexto no es necesario, salvo circunstancias excepcionales, que el Tribunal o Juez de juicio ordene prueba de forma oficiosa, *pues el Estado ya le ha encargado esa tarea al Fiscal*.

Por el contrario, en el proceso civil, la única representación del “interés estatal en la verdad”, es el Juez.

En efecto, en el proceso civil, el equivalente a la investigación preparatoria penal, es la instrucción privada que realizan los abogados de parte. Los investigadores de esta manera actúan de manera no reglada y salvo los casos de prueba anticipada o diligencias preliminares, la misma se lleva a cabo al margen del sistema judicial y sin participación estatal alguna.

Es por ello que la única manera en que se puede personificar ese interés social en la verdad de los hechos, es a través del control del actividad probatoria por parte del Juez y de ciertas facultades de carácter subsidiario o complementario a la actividad de las partes, cuyo ejercicio solo tiene sentido ante la orfandad de la actividad probatoria de las partes, o en casos en los cuales alguna de las partes vulnera el principio de colaboración procesal o cuando se produce actividad probatoria fraudulenta.

De modo que aunque se respeten el principio dispositivo y el de aportación, no parece que la búsqueda de la verdad de los hechos comprometa la imparcialidad del Juez Civil, cuando este propone en forma subsidiaria

¹⁵ Citado por RUA, Gonzalo, obra citada, p. 32.

o complementaria medidas probatorias de oficio, o ejerce un control de legalidad en la producción de la prueba.

Para que este ejercicio no afecte el principio dispositivo se estima que deberá respetar el principio históricamente aceptado en la doctrina procesal de que el Juez puede ejercer facultades oficiosas respecto de los *medios* de prueba, pero le está vedado innovar en lo que respecta a las *fuentes* de prueba, cuya articulación y aportación corresponde exclusivamente a las partes de un proceso civil.

Este control *sustancial* de la calidad de la prueba es también un valladar para impedir estafas procesales construidas en base a prueba falsas, o para evitar que el proceso pudiera ser utilizado como un mecanismo de fraude en casos de colusión entre las partes, en el entendimiento que en cualquiera de estos casos el consentimiento tácito de la contraria no valida un decisorio fundado en tales elementos de convicción fraudulentos o dolosos.

- 3) En el proceso penal, ante la falta de prueba sobre la autoría y materialidad del delito corresponde la sentencia absolutoria del imputado. Esta es también una diferencia relevante con respecto al proceso civil, ya que el Juez civil debe fallar aún ante la insuficiencia de información sobre los hechos invocados en los escritos de postulación y para este supuesto cuenta con un instrumento que le está vedado al Juez penal: las reglas sobre distribución de la carga de la prueba.

Sin embargo, la mayoría de los operadores jurídicos compartimos la valoración de que ante un mismo conflicto, una sentencia dictada con conocimiento de los hechos *es más justa* que una dictada en un marco de orfandad probatoria y resuelta por medio de las reglas de la carga de la prueba. Taruffo argumenta que más allá de las vertientes ideológicas existe cierto acuerdo en que es un objetivo del proceso civil es que debe tender a producir decisiones justas. Agrega que, independientemente del criterio jurídico que se emplee para definir y valorar la justicia de la decisión, *se puede sostener que esta nunca es justa si está fundada en una determinación errónea o inaceptable de los hechos*. Sostiene que: “la veracidad y la aceptabilidad del juicio sobre los hechos es condición necesaria (obviamente no suficiente), para que pueda decirse que la decisión judicial es justa”.¹⁶

Observa también este autor que si la única finalidad del proceso fuera la solución del conflicto, entonces resultaría indiferente si se resuelve mediante una ordalía o “juicio de Dios” como ocurría en la alta edad media, o bien simplemente lanzando una moneda.

- 4) La atribución de poderes de instrucción al Juez, que se manifiesta en

¹⁶ TARUFFO, Michele, obra citada, p. 64.

numerosos ordenamientos modernos y de carácter oral.¹⁷ Tiene como presupuesto ideológico que para la sociedad la calidad de la decisión que cierra el proceso no es indiferente e irrelevante y debe tender a basarse en una comprobación verdadera de los hechos de la causa.

En este punto no puede dejarse de lado la circunstancia de que el Juez no penal actual ha ampliado en forma notable sus competencias. De la visión clásica del rol del juez civil que como árbitro pasivo resolvía conflictos en los cuales contaban exclusivamente intereses y objetivos privados, se ha pasado a un Juez que en numerosos casos debe resolver conflictos en los cuales se encuentra involucrado un interés público o socialmente relevante. Ello ocurre, por ejemplo, con la tutela preventiva y el reconocimiento de la función preventiva de la responsabilidad civil en los arts. 1710 a 1715 del Código Civil y Comercial, y en particular en la genérica “acción preventiva” del art. 1711 CCyCN¹⁸, la cual debe tramitar en un proceso contradictorio, pero en el cual el Juez puede estar tutelando un interés social que excede a la persona que reclama (alguien que solo debe acreditar un “interés razonable den la prevención del daño). También ocurre cuando el Juez no penal debe tramitar procesos colectivos y sobre todo en aquellos que llamamos “litigios estructurales”, relativos a la revisión judicial de políticas públicas¹⁹, procesos de carácter colectivo, en los cuales se dirimen claramente intereses públicos. No obsta a esta consideración el hecho de que ameriten una tutela procesal diferenciada como la que han propuesto numerosos proyectos de ley de procesos colectivos, porque la producción de prueba en su ámbito se encuentra sujeta a las mismas reglas consideradas en el presente. La misma consideración corresponde con respecto a los procesos de familia en sus aspectos no patrimoniales en los cuales se encuentran involucrado el orden público.

Resulta redundante poner de resalto que en los conflictos precitados, el Juez no puede limitarse al papel de un arbitro pasivo y autoinhibirse de toda iniciativa probatoria, pues se trata de procesos en los cuales el interés por la verdad de los hechos claramente excede el interés particular de las partes y por ende la suerte de la prueba no puede delegarse en forma exclusiva a la actividad de las mismas.

¹⁷ Para una reseña de derecho comparado: TARUFFO, Michele, Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa.

¹⁸ Para un desarrollo más profundo de la jurisdicción preventiva: BARUSSO, Leandro Fabian, la equidad judicial en la tutela preventiva, provisional y cautelar, Revista de Derecho Procesal- Editorial Rubinzal Culzoni , Número 2017-I, p 69.

¹⁹ Sobre los aspectos procesales de los litigios estructurales: BARUSSO, Leandro Fabian, Los derechos sociales y el litigio de interés público, El Derecho, 1 de Junio de 2016. ED 267.

V. Cierre

A través del análisis precedente se ha pretendido sostener la particularidad del proceso civil por audiencias y la inconveniencia de analizar las facultades probatorias del Juez Civil a la luz del contraste entre los sistemas “inquisitivos” y “acusatorios” propios del proceso penal, pues existen presupuestos, principios y estructuras sistémicas que diferencian el proceso civil del penal y que resultan relevantes para una solución diferenciada en el reconocimiento de facultades probatorias de oficio al órgano judicial.

Se ha considerado que el reconocimiento de facultades probatorias al Juez civil en un proceso por audiencias no implica un detrimento de su imparcialidad cuando esta actuación es subsidiaria y complementaria a la de las partes, sino más bien que cumple la función de fortalecer la veracidad y la aceptabilidad del juicio sobre los hechos formulado en la sentencia. El Juez Civil es el representante de este genuino interés social en la calidad de las decisiones judiciales y este rol no se modifica por la introducción de un proceso por audiencias.

