

XXX CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL

Título: **“La oralidad civil y las facultades probatorias del Juez”.**

Comisión: Comisión 2: Nuevas estructuras procesales

Autor: **Leandro Fabián Barusso**

-Abogado (UBA),

- Docente Cátedra Elementos de Derecho Procesal Civil y Comercial (UBA) a cargo de la Dra. Ángela Ledesma.

- Docente Cátedra Derecho Procesal Civil y Comercial (UNIVERSIDAD JOSÉ C. PAZ) a cargo del Dr. José María Salgado.

- Miembro del Ateneo de Estudios Procesales de la Ciudad de Buenos Aires “Lino E. Palacio”.

Fecha de nacimiento: 6/04/1964

Dirección: Av. Rivadavia 666 Piso 4º Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CP: 1002)

Teléfono: 4343-6565/64/63 - Celular: 1549488034

Correo electrónico: leandrobarusso@gmail.com

SUMARIO: I. Introducción. II. El rol del Juez en las audiencias en el proceso penal acusatorio -adversarial. III. El proceso civil por audiencias y las facultades probatorias del Juez. IV. Cierre.

Síntesis de la propuesta:

Cuando recurrimos a la literatura especializada en oralidad encontramos que las facultades probatorias de oficio, o la intervención del Juez en la producción de la prueba en las audiencias de juicio oral, son consideradas conductas que comprometen su imparcialidad y afectan el debido proceso.

Esta limitación entra en tensión con las prácticas recientes de oralidad en sede civil, y también con algunos proyectos de reforma procesal que reconocen al órgano judicial potestades probatorias de oficio.

En el presente trabajo se argumentará que el principio que niega toda potestad o iniciativa probatoria, originado en la doctrina procesal penal y en la transición desde los modelos inquisitivos a los acusatorios – adversariales, no resulta aplicable sin una necesaria adaptación crítica al proceso civil, porque parte de presupuestos y principios propios del proceso penal adversarial y de su estructura sistémica.

Participa de los concursos: SI.

I. Introducción.

Aun cuando todavía se encuentra en proceso de redacción un proyecto de Código Procesal Civil y Comercial que conforme sus “Bases”, consagrará un proceso estructuralmente oral para los procesos de conocimientoⁱ, ya hace algunos años que se vienen registrando en el orden de la Justicia Nacional 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*”, consistente en la aplicación del proceso por audiencias con registro audiovisual y aprobó un instructivo con pautas para la implementación del sistema en el contexto del CPCC vigenteⁱⁱ.

A través de la propia experiencia profesional, o en diversos encuentros académicos a través de extractos de las audiencias filmadas y/o del relato de sus protagonistas, hemos podido apreciar que el logro de la inmediación en la audiencia oral se encuentra íntimamente vinculado con la labor “artesanal” de los jueces intervinientes. La inmediación oral exige 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 otros aspectos que no resultaban relevantes en el marco del proceso escrito, y que plantean nuevas exigencias a los jueces civiles y a los litigantes por igual.

En opinión de quien suscribe, los mejores resultados en el logro de la inmediación son obtenidos por aquellos jueces que han ejercido activamente la dirección de las audiencias, mediante la comunicación directa con las partes en la audiencia preliminar o interviniendo en la producción de la prueba testimonial y pericial, en el en el marco de la audiencia de vista de causa.

Sin embargo, cuando recurrimos a la literatura especializada en oralidad encontramos que las facultades probatorias de oficio, o la intervención del Juez en la producción de la prueba en las audiencias de juicio oral, son consideradas conductas que comprometen su imparcialidad y

por ello afectarían el debido proceso. De esta manera son desaconsejadas, tanto en la práctica como en el diseño normativo.

La tesis que aquí intentaré sostener es que dado 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, muchos de los postulados sobre la actuación del juez en las audiencias orales responden a presupuestos principios y garantías propios del proceso penal, y que no pueden aplicarse sin una adaptación crítica al ámbito 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, y posteriormente analizaré la aplicabilidad de estos criterios al proceso civil por audiencias.

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

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 Gonzálezⁱⁱⁱ 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. Así, deberá exigir al fiscal la demostración de los hechos en

cada caso e interrogar a la defensa a los fines de escuchar las objeciones que esta pudiera oponer, favoreciendo el contradictorio.

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.

Rúa^{iv} considera que las normas que permiten al Juez introducirse en la producción probatoria ya sea ordenándola, produciéndola, o interviniendo en el momento en que la misma se materializa en la audiencia de juicio oral, interrogando a los testigos o peritos por ejemplo, afectan garantías constitucionales, pues se 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.”^v.

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 ya que se trata de una medida ordenada sin un previo contradictorio de entre las partes. Por ello muchos códigos procesales penales modernos directamente prohíben al tribunal toda injerencia o potestad sobre la prueba^{vi}.

Otro argumento 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.^{vii}

Partiendo de estos principios, se considera que en la audiencia de juicio penal, o en la audiencia de vista de causa civil, el Juez no debe interrogar a testigos o peritos, debiendo permitir que las partes lo hagan en forma exclusiva. Su actuación en este contexto está limitada a resolver a resolver las objeciones de las partes frente a preguntas que consideran inadecuadas por ser impertinentes. Su única relación con la prueba está centrada en poder realizar *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^{viii}.

III. El proceso civil por audiencias y las facultades probatorias del Juez.

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

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

Este rol pasivo y abstinerente 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.

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.

En las “*Bases para la reforma procesal civil y comercial*”^{ix} se postula como un principio fundante de la reforma al “*Principio aportación y derecho de contradicción*”, conforme al cual “los jueces decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes, excepto cuando la ley disponga lo contrario en casos especiales”,

aclarándose que: "...las pruebas que deban practicarse para la acreditación de los hechos controvertidos habrán de ser igualmente aportadas por las partes en el momento procesal dispuesto en el Código". Este principio de aportación en principio implicaría una adhesión plena al principio dispositivo y a la posición abstencionista en lo que respecta a las facultades probatorias de oficio.

No obstante, al momento de sentar los principios que regirán la audiencia de vista de causa, este mismo documento postula, que: "...c) Se escucharán a las partes, a los peritos y a los testigos. *Todos podrán ser interrogados libremente por las partes y el Juez.*". Esta previsión en consecuencia concibe la posibilidad de que el Juez interroge en la audiencia oral a las partes, a los peritos y a los testigos^x.

La posibilidad de intervención oficiosa del Juez en la producción de prueba es receptada de manera más amplia y explícita en el Proyecto de Código Civil y Comercial para la Provincia de Buenos Aires^{xi}, que ya tiene estado legislativo.

Así, al regular este proyecto la llamada "Declaración de parte", establece 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 la prueba *testimonial*, establece que: "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 proyecto también recepta de manera amplia la iniciativa probatoria de oficio cuando en su art. 439 establece: "*Prueba de oficio. El tribunal podrá disponer de oficio la declaración de personas mencionadas por las partes en los escritos de constitución del proceso, o que surjan explícitamente de cualquier medio de prueba. Asimismo, podrá ordenar que sean examinados nuevamente los ya interrogados, para proceder al careo o aclarar sus declaraciones.*".

De igual modo, en lo que respecta a la prueba *pericial*, también acepta la iniciativa probatoria de oficio al prescribir que: "Cuando el tribunal lo estime necesario podrá disponer que se practique otra pericia, o se perfeccione o amplíe la anterior, por el perito u otros de su elección." De

igual modo, acepta la interrogación de los peritos por el Juez cuando la misma norma prevé que: "...y a instancia de cualquiera de ellas, *o de oficio*, el tribunal podrá ordenar que el perito de las explicaciones que se consideren convenientes, en la audiencia de vista de causa" (art. 458).

A la luz de estos lineamientos, 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 compromete 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.

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. Ello no es posible en el proceso civil por audiencias, donde es el mismo Juez quien interviene desde la interposición de la demanda, es quien ha decidido la admisión de los medios probatorios en audiencia preliminar, y puede haber ordenado ya medidas cautelares, resuelto excepciones previas o incidencias en forma previa a la audiencia de vista de causa, resoluciones que importan al menos una cognición provisional, y por ende el conocimiento de los términos de la contienda.

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”^{xii}.

Esta línea de pensamiento tiene íntima relación con la doctrina procesal penal y la transición de los sistemas “inquisitivos” donde la investigación de los hechos estaba a cargo del Juez, a los modernos sistemas “acusatorios”, donde la investigación de la verdad de los hechos se encuentra delegada en el fiscal asignado a la causa.

La adhesión a esta postura conlleva a denegar 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 en forma exclusiva.

Taruffo analiza diversas teorías que por distintas razones niegan o relativizan la posibilidad de la verdad en el proceso civil, o su irrelevancia, y menciona que: “...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 un determinación verdadera de los hechos que están en la base de la controversia.”^{xiii}

En este mismo orden de ideas rechaza la correspondencia entre el modelo dispositivo y la negación de la posibilidad de la verdad, por un lado, y la búsqueda de la verdad y el modelo inquisitivo, por el otro. 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 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*^{xiv}.

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.

De modo que aunque se respeten el principio dispositivo y el de aportación no parece que comprometa la imparcialidad del Juez Civil la circunstancia de que represente al interés estatal en la búsqueda de la verdad de los hechos, y que pueda ejercer ese interés proponiendo en forma subsidiaria o complementaria medidas probatorias de oficio, o ejerciendo un control de legalidad en la producción de la prueba, respetando el tradicional principio dispositivo que enuncia que las facultades oficiosas alcanzan a los *medios* de prueba, pero al Juez le está vedado innovar en lo que respecta a las *fuentes* de prueba, cuya articulación y aportación corresponde exclusivamente a las partes.

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.

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 cualitativa, 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."^{xv} 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.

La atribución de poderes de instrucción al Juez, que se manifiesta en numerosos ordenamientos modernos y de carácter oral, 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.

IV. 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.

ⁱ En este camino seguirá 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) ya han instaurado la oralidad desde hace algunos años.

ⁱⁱ 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.

ⁱⁱⁱ RUA, GONZALO, y GONZALEZ, LEONEL, *El rol del juez en un sistema adversarial. Fundamentos y técnicas de conducción de audiencias*, <http://incip.org/documentos/el-rol-del-juez-en-un-sistema-adversarial-fundamentos-y-tecnicas-de-conduccion-de-audiencias/>

^{iv} RUA, GONZALO, *Examen directo de testigos*. Ediciones Didot 1º ed. Reimpresión 2016, Colección Litigación y enjuiciamiento penal adversarial, Director Dr. Alberto Binder.

^v RUA, GONZALO, obra citada, p. 38.

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

^{vii} GOMEZ URSO, J. citado por RUA, GONZALO, obra citada, p. 38.

^{viii} LORENZO, LETICIA, *Manual de Litigación Civil*, 2017 Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA, p. 128.

^{ix} Estas “Bases” han sido consensuadas por la Comisión de Expertos en Derecho Procesal a la cual el Ministerio de Justicia de la Nación le ha encomendado la redacción del proyecto de reforma del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

^x <https://www.justicia2020.gob.ar/eje-civil/codigo-procesal-civil-comercial-la-nacion/>

^{xi} 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”.

^{xii} LETICIA LORENZO expone esta posición en su *Manual de Litigación Civil*, 2017 Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA, p.18.

^{xiii} TARUFFO, MICHELE, *La prueba de los hechos*, Ed. Trotta, 4ta. Edición, 2011, p. 39.

^{xiv} Citado por RUA, GONZALO, obra citada, p. 32.

^{xv} TARUFFO, MICHELE, Obra citada, p. 64.