

La prueba judicial

**Reflexiones críticas sobre
la confirmación procesal**

ADOLFO ALVARADO VELLOSO

LIBROTECNIA®

Prólogo del profesor Diego Iván Palomo Vélez

El reconocido profesor argentino Adolfo Alvarado Velloso, Presidente del Instituto Panamericano de Derecho Procesal, me ha honrado especialmente con el encargo de realizar el prólogo a una de sus obras que más claramente reflejan la concepción que del proceso y la función jurisdiccional tiene.

Bien la resume el propio autor al final de su trabajo: “...*puse énfasis en sostener que el proceso es método neutro y no meta a lograr; que el objeto de la labor probatoria no se encamina a la búsqueda final de la verdad última de las cosas sino al simple convencimiento del juez que debe resolver el litigio; que el juzgador debe manejarse con auténtica imparcialidad tanto en la labor de procesar cuanto en la de sentenciar; que en virtud de ello debe abstenerse de efectuar toda y cualquiera labor de naturaleza probatoria...*”.

Estoy obligado a advertir al lector que no conoce la obra del profesor Alvarado sobre al menos dos cuestiones.

La primera. El lector de su obra no quedará con la impresión de haber leído teorías o postulados que sólo puedan tener lugar en el cómodo plano de las ideas irrealizables. En lo que escribe no

olvida que el Derecho es práctico siempre, y más aún el Derecho procesal. No olvida que las grandes cuestiones especulativas tienen raíces y consecuencias prácticas. Es más, esta obra pone en evidencia particularmente su larga trayectoria forense (como juez y abogado), lo que le ha permitido abordar sin excesos y con la razonabilidad que le otorga la experiencia muchas de las cuestiones que se plantea a lo largo de la obra.

La segunda. El lector no se encontrará con una obra que sea “común” en el contexto de nuestra actual Latinoamérica procesal. De hecho, el propio Alvarado se autodefine como una “voz disidente” en una Región en donde es bastante común la asunción, generalmente marcada, de la tendencia publicista o socializadora del proceso. Dentro de este mayoritario contexto resulta poco común que ciertos autores, aunque con algunas diferencias, tomen otro camino, aun bajo el riesgo de ser tildados de “conservadores” o “poco progresistas”. Alvarado se atreve a salir de la “zona cómoda” y se ha ocupado de hacer escuchar su voz “disidente”. Esta cuestión es particularmente importante, en especial en tiempos de reformas procesales en donde el entusiasmo hace que algunos formulen planteamientos que se oponen a principios básicos, a la realidad forense, y a la coherencia del propio sistema procesal.

La idea fundamental que cruza esta y otras obras de Alvarado está dada por lo que denomina *garantismo procesal*, concebido como la única vía de materialización del proceso y del debido proceso. Postula la alternativa del garantismo procesal, que defiende, frente al “decisionismo judicial”, que no respetaría la garantía del debido proceso, amparado en una “difusa meta justiciera” que encontraría legitimación en las nuevas y modernas ideas del proceso que pregonan la existencia de una especie de posmodernismo judicial que exigiría la superación, *a toda costa*, de la endémica ineficiencia del proceso.

Un punto fundamental en esta lucha está dado por las finalidades que se asignan en uno y otro sector al proceso en general y a la prueba en particular. Pues bien, sostiene el autor que en el afán por lograr la Justicia y la Verdad real en todos los casos (un verdadero mito respecto del cual la mayoría de la doctrina procesal latinoamericana aún no logra desprenderse) lleva a que el juez asuma unas tareas que ni le corresponden ni son convenientes que las asuma, pues se violenta la idea misma del debido proceso. De esta forma, su obra entronca con el debate en torno al modelo de juez que debe existir, incidiendo especialmente en la improcedencia de asignar grandes facultades (en realidad se trata de deberes) a los jueces en materia de iniciativa probatoria. En efecto, Alvarado descarta la existencia de alguna compatibilidad entre la garantía constitucional del debido proceso y la figura del juez inquisidor, con amplísimos poderes en el ámbito de la averiguación de la verdad real o histórica, cuestión especialmente importante en materia procesal civil, en la cual los autores persisten en privilegiar más la justicia subjetiva de la meta por sobre la legitimidad objetiva del método de procesamiento.

En definitiva, postula la necesidad de buscar la Justicia en el método y no en la meta, por ser lo único verdaderamente accesible a los hombres. Pretender otra cosa, puntualiza, es pura ilusión. Ese método del que habla no es otro que el “acusatorio”, donde las partes, en pie de igualdad jurídica, discuten sobre sus pretensiones ante un tercero imparcial que actúa al efecto en carácter de autoridad, dirigiendo y regulando el debate para, llegado el caso, sentenciar el asunto.

La obra se descompone en cuatro capítulos muy bien logrados, a los que se agregan una introducción y un colofón: Introducción: El concepto de confirmación y su relación con el vocablo prueba; Capítulo primero: Los problemas básicos de la con-

firmación procesal; Capítulo segundo: Los medios para confirmar en general (cómo se confirma); Capítulo tercero: Los medios para confirmar en particular; Capítulo cuarto: El procedimiento confirmatorio (cuándo se confirma); Colofón: Hacia un verdadero sistema procesal.

Como se ve, en esta obra Alvarado además de plantear su idea de proceso y de la actividad probatoria, hace un esfuerzo por sistematizar los medios confirmatorios conocidos, otorgándoles diferentes grados de eficiencia probatoria. Añadidamente se hace cargo de la cuestión de la necesidad de eliminar algunos medios y sustituir otros para que el sistema pueda funcionar mejor. Finalmente, Alvarado también incide en la importancia de que la actividad confirmatoria desplegada por las partes se dirija a lograr la convicción del juez y, a base de ella, este pueda decidir el conflicto dando cuenta razonadamente de todos los motivos que tuvo para fallar en un sentido y no en otro, con lo cual pone adecuadamente el acento en la necesidad de tomarse en serio el deber de motivación de las sentencias.

Quiero aprovechar la presentación de esta obra para insistir en el planteamiento de algunas cuestiones que es necesario tener presente en el proceso de reforma procesal civil chileno que ya ha arrojado como producto un Anteproyecto de nuevo CPC que claramente apuesta por un modelo procesal predominantemente oral. Esta opción hacia la oralidad hace que cierto sector de la doctrina criolla pretenda asociar esta decisión con una alteración de los principios fundamentales sobre los cuales se levanta razonablemente un proceso civil.¹

¹ Sobre estos y otros puntos venimos trabajando a propósito del Proyecto Fondecyt regular N°1085321 titulado «La oralidad en el marco de los cambios que requiere el sistema procesal civil. Sus efectos en la reforma a la justicia civil chilena», que dirige el suscrito.

En efecto, lo primero que se debe señalar es que una vez asimilada la necesidad de la reforma procesal civil entre nosotros, fundamental resulta que se entienda una cosa bastante obvia a estas alturas, pero también bastante olvidada por algún sector que ha pretendido llevar la apuesta de la oralidad hacia extremos que la experiencia acumulada durante el siglo XX se ha encargado de demostrar su fracaso.

Esta cuestión no es otra que entender que los procesos son *realidades artificiales*, que por lo tanto no preexisten a su regulación por el legislador, sino que nacen con ella.² De este modo, todo proceso es una *creación del legislador*, quien tiene a su cargo la misión de disponer de las piezas a su alcance de modo que el producto final de su trabajo sea un instrumento que se acerque *lo máximo posible* a la Justicia y a la eficacia en la solución jurisdiccional de los conflictos jurídicos.

Pues bien, en esta labor de creación el legislador no es absolutamente libre, dado que se encuentra limitado por el deber de respeto de varios principios sin los cuales no puede siquiera hablarse verdaderamente de proceso. Nos referimos —huelga decirlo— a lo que entre nosotros se denominan los *principios del debido proceso*, o garantías procesales (que en otras latitudes conocen bajo el nombre de *principios jurídico naturales*): *principio de audiencia* (*audiatur et altera pars*), *de igualdad y de contradicción*. El proceso se deberá configurar por el legislador de modo que siempre sean efectivos y respetados determinados postulados elementales de justicia, de allí su carácter necesario.³

² CARRERAS, J., “El Derecho procesal como arte”, en: CARRERAS, J.; FENECH, M. (1962), *Estudios de Derecho procesal* (Barcelona), pp. 51-62; DE LA OLIVA, A.; DíEZ-PICAZO, I.; VEGAS, J. (2004), *Derecho procesal: Introducción* (Madrid, Ed. Universitaria Ramón Areces, 3ª edición), pp. 44-45.

³ DE LA OLIVA, A.; DíEZ-PICAZO, I.; VEGA, J., *Derecho procesal* (...), op. cit., p. 56.

En segundo término, el legislador también está limitado por otra clase de principios, cuyo objetivo es ajustar el instrumento procesal a la finalidad de tutelar *eficazmente*. Velando por esta necesidad, bien se ha dicho que los procesos se deben construir según criterios diferentes, los que se consideran más adecuados a la realidad jurídica en función de la cual aquéllos tienen sentido; se trata, en definitiva, de principios procesales que no configuran siempre los procesos, sino que inspiran ciertos procesos unos y otros procesos, otros. Surgen en este plano los principios dispositivo y de aportación de parte, en oposición de los principios inquisitivo y de investigación de oficio. Se les denomina *principios jurídico técnicos*.⁴

En el caso de los procesos para la tutela de bienes jurídicos que tengan una fisonomía netamente individual (previstos para la tutela de derechos privados; vale decir, los *procesos de dinero* como les llama Montero) parece lógico que se haga depender en gran medida de la voluntad y actuación de los interesados. Así, de los sujetos dependerá el inicio del proceso (*nemo iudex sine actore*), su configuración y delimitación (incluso su término), además de la carga de aportar al proceso las pruebas que comprueben la veracidad de las afirmaciones introducidas (*iudex iudicet secundum allegata et probata partium*).

En cambio, en el terreno de las formas (ya no hablamos de principios), esto es, en la *configuración externa* del proceso y del procedimiento no existen imperativos, sino que existen opciones. Pues bien, la opción principal está dada por la dupla oralidad-escritura, y constituye función del legislador apostar por el predominio de una u otra.

⁴ DE LA OLIVA, A.; DÍEZ-PICAZO, I.; VEGA, J., *Derecho procesal (...)*, op. cit., p. 56.

Las reglas procesales, entre ellas destacadamente la oralidad y la escritura, poseen un predominante carácter técnico, de allí que estén disponibles para el legislador que debe saber darles la mejor utilización posible de acuerdo a criterios de conveniencia y oportunidad. Claro está que la elección no será gratuita, pues de ella derivarán consecuencias (marcas), empero asignarles una jerarquía que no tienen significaría caer con facilidad en soluciones que no contribuyan al mejor desenvolvimiento del proceso civil.

En cuanto a lo que dice relación con el papel del juez en este nuevo esquema formal que se propone, ya hemos destacado en otros sitios que el modelo procesal predominantemente oral ha tenido en otros países (donde se le ha implementado seriamente) el mérito de recuperar la figura del juez que bajo un modelo como el actual (profundamente escrito) está reservada casi exclusivamente para el momento de la sentencia. Como han dicho: *Su Señoría sólo al final del trayecto procesal*. Consecuencia positiva de todo este cambio debiera ser el término del juez invisible mero lector del expediente. La intermediación judicial, si se termina aprobando el modelo, dejará de ser letra muerta.

La estructura misma que se propone indica que cada asunto va a poder ser mejor seguido por el juez desde su inicio. Se trata de un modelo más racional de trabajo que recoge una estructura razonable y posible de implementar. Desde luego que es un modelo más exigente para todos los involucrados, pero esta mayor exigencia se compensa con la mejor posibilidad de arribar a sentencias más justas o, como lo hemos destacado en una reciente visita a Nicaragua (en donde también están apostando por un modelo predominantemente oral), con la mejor posibilidad que da el modelo de lograr una respuesta jurisdiccional de más calidad simplemente por el mayor y más cercano contacto del juez con las pruebas aportadas por las partes.

Sin embargo, estamos convencidos de que la idea de la oralidad a la Justicia civil debe abrirse paso sin necesidad de desfigurar los principios sobre los cuales se levanta razonablemente un proceso civil, esto es, los principios dispositivo y de aportación de parte. Desde luego que no piensan lo mismo aquellos que asocian la oralidad a la *doctrina publicizadora* del proceso civil.

Concretamente, si bien es cierto que en el marco de un proceso civil oral debe revalorizarse la importante figura del juez ello, no debe implicar tener que gravar a los Tribunales con cargas que no debieran asumir. La proposición, obtención y producción de las pruebas es (y debe ser) fundamentalmente tarea de las partes.

La gran tarea del Tribunal debe pasar por presenciar efectivamente la rendición de las pruebas y las alegaciones de las partes, pero debiera abstenerse de intervenir en apoyo de una u otra pretensión. Al Tribunal le debiera corresponder valorar la prueba producida. No es razonable ni conveniente que al Tribunal le corresponda sustituir la labor de las partes a través de la investigación y comprobación oficiosa de la veracidad de los hechos. No es entendible (ya lo destaca Alvarado) que por un lado se hayan disminuido los poderes del juez penal, en resguardo de su imparcialidad procesal y de las garantías de las partes (derecho de defensa entre otros), y por este otro se busque aumentar los poderes del juez dentro de un proceso civil.

Lo cierto es que los jueces, en la realidad actual de nuestro proceso civil, son reacios a utilizar los poderes oficiosos que el legislador ya ha previsto para ellos.

Pero aun así, y poniéndonos en el caso de que los poderes oficiosos de los jueces se reforzaran especialmente en la nueva normativa y que nuestros jueces sí se decidieran a utilizar estos

poderes oficiosos que respecto de la prueba se contemplaran, consideramos que no es prudente ni razonable tomar este camino.

La razón dice relación con el hecho de que entre las primeras consecuencias que podríamos encontrarnos es con un retraso en la resolución de todos los casos. En efecto, necesariamente nos tendríamos que encontrar con un retraso en la resolución de los asuntos ya que estos mayores poderes que se postulan deben traducirse en una mayor responsabilidad para el juez. En caso que no se entienda así, estaríamos asignando mayores poderes a los jueces para que los empleen arbitrariamente en los casos que quieran. Por eso, insistimos, una visión realista del tema en comento obliga a llegar a esta conclusión: el juez, imposibilitado de actuar oficiosamente en todos los procesos a su cargo, tomará sólo aquel que le interese (tal vez el más mediático). Como se ve, se estará entre la espada (retraso) y la pared (arbitrariedad); en definitiva, nada positivo.

Que *“las partes no son iguales”* y *“no pueden acceder a abogados de igual calidad y preparación”*; que *“la parte con mayores recursos económicos accede a mejores abogados de los más grandes Estudios”*, se sentencia por aquellos que propugnan estos mayores poderes oficiosos.

Pues bien, frente a estas afirmaciones (que abundan entre los procesalistas de esta parte del mundo) se puede señalar, al menos, lo siguiente. En primer lugar, como bien se ha recordado entre nosotros (Maturana), lamentablemente la Justicia civil no puede poner remedio a todas las formas de injusticia o a todos los males existentes en la sociedad: la tarea de poner remedio a los problemas sociales corresponde realmente a otros órganos, legislativos o de gobierno. A pesar de lo que algunos proponen, no se puede pretender solucionar el problema de la desigualdad de nuestros países ¡con leyes procesales!

En segundo lugar, no necesariamente el abogado del Estudio jurídico más grande e importante es el mejor abogado, la propia realidad demuestra la falsedad de esta afirmación. Y aun si fuera así, se olvida (pero lo recordó Montero en su última visita a Chile) que en la práctica los litigios que involucran mayores sumas de dinero reúnen justamente a abogados de Estudios más importantes, mientras que en los casos de menor cuantía o importancia, no participan los abogados de grandes Estudios.

Es que la cuestión puede llevarse a extremos si se quiere (en ocasiones es el único modo de que se entiendan las cosas). Imaginemos (nos invita el profesor De la Oliva) que el Estado asume el costo de todo el cuerpo de abogados y garantiza a todos los ciudadanos el acceso a uno. En otras palabras, imaginemos que el Estado expropia la profesión legal. Cabe preguntarse si en este escenario ¿serán todos estos abogados (estatales) igualmente competentes y diligentes? Naturalmente que la respuesta —concluye De la Oliva— es claramente negativa, y no debiera sorprender encontrar algunos abogados más competentes y más diligentes que otros, a menos —claro está— que alguien esté pensando con mentalidad *futurista* en la clonación de un abogado competente y diligente de acuerdo a los estándares que fije la autoridad.

Pareciera que para algunos los abogados fueran un problema. Suprímaseles derechamente entonces, pero asúmanse las consecuencias de esta decisión (téngase presente lo acontecido con la reforma procesal de los tribunales de familia en nuestro país).

En definitiva, y más allá de lo que hemos apuntado brevemente, de lo que se trata es de aprovechar nuestro retraso en la decisión de avanzar hacia un modelo procesal civil más oral (tenemos un desfase de un siglo), de tal modo de evitar cometer los errores que se han cometido en otros lugares y que han significado el fracaso de

los sistemas. Es imperdonable que algunos sigan pensando este tema como si cada juez tuviera un proceso y cada abogado un caso.

Cuando se entiende bien la idea de proceso, cuando se entienden bien los roles de las partes y el rol que corresponde al juez, cuando se entiende bien la finalidad de la actividad probatoria, las decisiones que se adopten pueden ser más acertadas. Justamente en esta dirección contribuye la obra de Alvarado que ahora –bajo el sello de la Editorial Librotecnia– se pone a disposición del lector chileno.

DIEGO IVÁN PALOMO VÉLEZ
Prof. Asociado de Derecho Procesal.
Director Departamento de Derecho Público,
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad de Talca.