

**ALGUNAS REFLEXIONES EN TORNO AL JUEZ Y EL
PRINCIPIO DE NECESIDAD DE LA PRUEBA**

Por Juan Pablo Díaz

1.	
INTRODUCCIÓN.....	2
2. CONTENIDO	
2.1. La libertad en una sociedad democrática, abierta, pluralista y participativa.....	4
2.2. El complejo normativo de los derechos privados.....	6
2.3. El conflicto de los derechos privados.....	8
2.4. La jurisdicción como servicio de solución de conflictos.....	10
2.5. El método de solución de conflictos – el método de conocimiento.....	12

2.6. Las nuevas tendencias en materia procesal civil y el conocimiento del tribunal.....	
...23	
3.	
CONCLUSIONES.....	27
4.	
BIBLIOGRAFÍA.....	29

1. INTRODUCCIÓN

En este trabajo nos proponemos examinar algunas cuestiones en torno al principio de la necesidad de la prueba que, sin lugar a dudas, tiene que ver con la cuestión de la confirmación de los hechos en el proceso civil. En general, la doctrina ha tratado esta necesidad como un derecho a probar, como garantía para las partes y contra la arbitrariedad del juzgador.

Sin embargo a poco que comenzamos a analizar la cuestión nos damos cuenta que el principio tiene dos órbitas de actividad: la primera, veíamos, configurada por el derecho a la prueba como garantía de las partes para tutelar sus derechos; la segunda, como necesidad para el juez, como garantía de conocimiento. Garantía de confirmar para las partes y garantía de conocer para el juez.

Podríamos decir que el juez necesita pruebas para fallar, pero algunas opiniones nos recuerdan que se puede fallar sin pruebas, con lo que el principio quedaría trunco, piénsese en los hechos aceptados por ambas partes. Esto trae algunos problemas porque si no podemos afirmar que el principio está siempre presente, pierde inmediatamente su condición de tal. Si no es principio es una regla procesal, con lo que podría darse el caso de que el legislador estatuyera un proceso en el que el juez no necesite de pruebas para decidir la contienda.

Creemos que la necesidad apuntada es un principio, y como tal, se mantiene siempre en el proceso. Necesidad de prueba para el juez implica una garantía de conocimiento, materializada en la exigencia de un determinado “método de conocimiento y valoración”.

En el presente nos ocuparemos de esta cuestión, abordando los siguientes temas: a) La libertad en una sociedad democrática, abierta, pluralista y participativa; b) El complejo normativo de los derechos privados; c) el conflicto de derechos privados; d) La jurisdicción como servicio de solución de conflictos; e) El método de solución de conflictos – el método de conocimiento; y finalmente, dado el estado actual de la doctrina, analizaremos este principio a la luz de la denominada “moderna doctrina procesal”.¹

Somos conscientes de que los puntos arriba indicados merecerían un análisis más profundo; pero dada la finalidad y extensión del presente, sólo daremos algunos conceptos y explicaciones que, si bien simplificadas y esquemáticas, estimamos suficientes para el cumplimiento de los objetivos planteados.

¹ Para la redacción de los puntos a, b y c se han seguido las ideas del Prof. Fernando Martínez Paz. No hemos entrecomillado nada, simplemente, porque todas las ideas expuestas son de su autoría. Para ubicarlas remitimos a las obras que se enumeran en la bibliografía. Todo ello sin perjuicio de que en otras partes del texto las citas sean expresas.

Sin lugar a dudas el tema que abordamos es polémico en muchos de sus aspectos, por lo que esperamos que el trabajo sea un aporte, aunque pequeño, a su dilucidación.

2. CONTENIDO

2.1. La libertad en una sociedad democrática, abierta, pluralista y participativa

Toda obra debe estar enmarcada en un ámbito específico que la dote de sentido, razón por la cual también es necesaria su explicitación. Hay muchos modelos de sociedad y cada una con sus propias concepciones acerca del derecho. Nuestro modelo, tal como expresa el título, es la sociedad democrática, abierta, pluralista y participativa. Tratar un concepto tan rico y profundo de manera completa resultaría una tarea casi imposible, por lo que presentamos aquí algunas ideas que son útiles para el desarrollo del trabajo.

Se habla de sociedad abierta para recordarnos que hoy deben revalorizarse las decisiones personales; de pluralismo para tener presente que si bien hay un esfuerzo para organizar la vida en sociedad sobre bases y principios comunes, deben respetarse las distintas tendencias y corrientes de pensamiento, que implican planificar con libertad. Y de participación para referirnos que por medio de ella se desarrollan y se afianzan las formas democráticas y sobre todo la libertad, facilitando la disminución del poder en manos del Estado.

Estos conceptos arrojan una idea de vital importancia. La sociedad ha querido crear un espacio de libertad, para que el hombre, entendido primero como realidad personal y luego como realidad social, desarrolle los modos de ser, de actuar y de pensar, y logre alcanzar sus fines existenciales.

Este espacio se configura; primero, como espacio de libertad exterior, al cual pretende ampliar; y segundo, como espacio de libertad interior, del que se preocupa por crear los medios y condiciones sociales y culturales que posibiliten su desarrollo.

Obviamente que estas concepciones acerca de la libertad tienen un límite; se dan siempre que se respete el núcleo de valores necesario para la unidad del conjunto social. Como casi todos sabemos, la libertad indiscriminada se anula a sí misma, necesitándose un orden que la regule.

En este sentido se expresa Ayala, diciendo que toda situación social reclama una ordenación congruente de la libertad. Tanto libertad como orden responden a dos necesidades esenciales de la naturaleza humana que necesitan ser conciliadas. La vida social exige un cierto orden que se impone coactivamente al individuo, por tanto merma su libertad. A la vez que esta última tiende a anular el orden, proclamando la validez incondicionada del

arbitrio individual. Pero una libertad sin límites sólo conseguiría hacerla imposible. De allí la perpetua tensión entre ambos conceptos².

Esta caracterización trae indudables consecuencias para el derecho, que tiene que erigirse ahora como un derecho configurador de espacios de libertad, garante real y efectivo de esas libertades, pero también debe limitarla, dijimos, para mantener la unidad del conjunto social.

2.2. El complejo normativo de los derechos privados

A la tensión libertad - orden el derecho procura resolverla creando los distintos complejos normativos³, que oscilan en uno u otro extremo de la relación según los valores que quieran protegerse. Aparecen entonces, los distintos complejos: penal, laboral, de familia, etc. cada uno con sus peculiares características.

El que nos interesa a nosotros es el conjunto normativo de los derechos privados. En el que se hacen presentes, palmariamente, las ideas arriba apuntadas sobre la libertad. Así, este complejo es un derecho configurador de espacios de libertad, debiendo crear las condiciones jurídicas para su

² Ayala, Francisco, *Historia de la libertad*, Segunda Edición, Buenos Aires, Atlántida, 1951.

³ Ellos se entienden como el conjunto de normas que estructuran cada uno de los aspectos del espacio de convivencia entre los hombres.

desarrollo. Debe entender que la persona es una realidad personal⁴ por lo que debe respetar las distintas corrientes de pensamiento y las decisiones personales, superando las concepciones abstractas del hombre. Debe entender, en definitiva, que no se puede intentar el equilibrio de la libertad personal bajo la única responsabilidad y acción del Estado.

En el ordenamiento en estudio estos conceptos se traducen en facultades, prerrogativas y atribuciones de obrar y exigir de que goza la persona al servicio de un interés propio (derecho subjetivo), reconocido por el complejo normativo (derecho objetivo) y por tanto digno de tutela jurídica⁵. Esto es, hombre libre para plegarse o no a la prescripción de la norma dado su carácter dispositivo.

Para obrar y exigir la tutela de ese derecho por parte de la justicia, la ley no abandona a las personas. Está presente, como garantía constitucional, la defensa letrada de los abogados que las asesoran y “defienden los derechos e intereses legítimos de su cliente con todas las fuerzas de su inteligencia y capacidad y utilizando todos los medios que la ley regula y permite”⁶.

El conjunto normativo someramente esbozado responde a un orden social buscado. Orden social y ordenamiento jurídico no se identifican, pero se

⁴ Que tiene dignidad, libertad, trascendencia y responsabilidad. Urquiza, María Isabel, *Conciencia jurídica*, Córdoba, Advocatus, 2001.

⁵ Buteler Cáceres, José A, *Manual de Derecho Civil, Parte general*, Córdoba, Advocatus, 2000, págs. 51 y 52.

⁶ Moción de Valencia.

implican y correlacionan; hay un orden social que resulta de la vigencia y efectividad del ordenamiento jurídico.

Consecuencia de todo lo afirmado es que el orden social que surge del complejo de los derechos disponibles es el de la libertad, el de la idea de hombre como valor en si mismo, el de las decisiones personales en torno a estos derechos. De allí que creemos incorrecta, por contradicción, la afirmación de las doctrinas que buscan en el proceso la aplicación sin concesiones del derecho violado, para lograr el restablecimiento del orden social - supuestamente esto interesa a la sociedad-; pues, para salvar el orden social aplicando en todos los casos el derecho disponible, no hacen más que negarlo; y este solo se protege cuando se protege la libertad. Es que en este complejo normativo se ve claro que la persona precede y trasciende al Estado, y que es éste el que está al servicio de aquella.

Toda esta construcción cobra sentido desde que al hombre se lo conoce, naturalmente, viviendo en sociedad. Y es en esa convivencia donde surgen relaciones dinámicas que son agrupadas por el conjunto de normas disponibles.

2.3. El conflicto de los derechos privados

De la convivencia social nace el conflicto que es un fenómeno socio-cultural propio de las sociedades democráticas y del que se coincide que es permanente e inevitable. Dentro de éste existe, como una variedad, el “conflicto jurídico” que es una forma de relación en la que dos “individuos ejercen una pretensión y una resistencia por desconocimiento o violación de un precepto que preordena una conducta que en los hechos no se cumple”⁷. La juridicidad del fenómeno social viene dada por el efecto en él de las regulaciones del derecho. A su vez, dentro de estos últimos y teniendo en cuenta lo manifestado en el punto anterior, encontramos los conflictos jurídicos de derechos privados.

Por otro lado, los fenómenos socio-culturales y por tanto los conflictos jurídicos de derechos privados han sido caracterizados como complejos y con múltiples dimensiones⁸. Esta calificación no puede ser dejada de lado por el derecho procesal y en particular por nuestro principio en estudio (a esto volveremos más adelante).

Ahora bien, cuando las partes toman conciencia del conflicto jurídico de derechos privados que se les presenta, se abren distintas vías o métodos de resolución. Estos carriles son diversos: pueden ser las mismas partes las

⁷ Alvarado Velloso, Adolfo, *Introducción al estudio del derecho procesal*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1997, pág. 24. En este mismo sentido se expresa Remo Entelman quien afirma que “los actores conflictúan para obtener objetivos, enfrentándose con oponentes que a su vez pugnan por alcanzar los suyos, que son incompatibles con aquellos”, *Teoría de conflictos (hacia un nuevo paradigma)*, barcelona, Gedisa, 2002, pág. 99.

⁸ Estas características de los fenómenos jurídicos ha sido tratada, siguiendo las enseñanzas del Prof. Martínez Paz, en relación a sus disciplinas, entre otros, por: González Castro, Manuel en *El Derecho al recurso en el Pacto de San José de Costa Rica*, Córdoba, Lerner, 2004, en derecho procesal; y por Lascano, Carlos en *Derecho Penal parte general*, Córdoba, Advocatus, 2001, en derecho penal.

que solucionen la disputa si entre ellas hay un nivel de incompatibilidad pequeño, una relación no violenta, son conscientes de su problema y de la búsqueda conjunta de una solución (método autocompositivo)⁹; pero si estas situaciones no se presentan, deberán utilizar necesariamente el método que brinda el Estado (heterocompositivo por la autoridad o proceso).

Surge claro que el método es elegido por los interesados y que el proceso es uno de los caminos posibles, que se convierte en necesario cuando no hay arreglo posible.

2.4. La jurisdicción como servicio de solución de conflictos

El fundamento de esta exigencia de actuación estatal es evitar el caos que significaría que las partes procuraran hacer valer sus derechos por mano propia. Es un fundamento que se encuentra en valores de tipo políticos.

En concreto, el Estado tiene que actuar en la solución de conflictos porque se prohíbe la defensa propia de los intereses¹⁰. Pero vimos que esta actuación es siempre subordinada a la voluntad de las partes, esta última actúa como condición de su existencia¹¹. E hicimos notar que el hombre es

⁹ Entelman, Remo, *Ob. Cit.*

¹⁰ Ferreira de De la Rua, Angelina y Cristina González de la Vega de Opl, *Teoría General del Proceso*, Córdoba, Advocatus, 2003, pág. 149.

¹¹ Incluso fácil es advertir que los llamados métodos alternativos toman cada vez más fuerza y se prefieren, muchas veces, a la jurisdicción, lenta y descreída para la solución de los conflictos.

una realidad personal, por lo que debe respetarse su espacio de libertad para desarrollarse y lograr sus fines existenciales, mediante tomas de decisión responsables. También que el derecho es configurador de esta libertad, la que se materializa en atribuciones y facultades dentro del complejo normativo de los derechos privados. Es decir que “las partes no pierden la titularidad ni la disponibilidad de los derechos por el mero hecho de que exista controversia sobre ellos”¹². Por último, afirmamos que el orden social se garantiza cuando la libertad es protegida.

La única consecuencia posible que se deriva de lo dicho es que el Estado no tiene ningún interés en la solución del litigio. Cualquier otra derivación significaría para el proceso desvincularse del fenómeno que le da fundamento de existencia y contenido. Y si hay tanta sumisión, la jurisdicción, más que el ejercicio de un poder o de un poder-deber –lo mismo da-, es un servicio que ha de brindarse.

Por consiguiente el Estado canaliza el conflicto y brinda una herramienta de solución de conflictos. Para ello le será otorgado, lógicamente, poder de decisión; pero es un poder accesorio al servicio, nunca al revés. En otras palabras, es un servicio brindado, no un servicio impuesto¹³.

¹² Moción de Valencia

¹³ Es la única forma de entender que la jurisdicción ha de ser para el hombre y no el hombre para la jurisdicción (Ciuro Caldani).

Nos interesaba dejar bien claro el fin de la jurisdicción,¹⁴ porque la finalidad de una institución es una guía sobre la que se planifica coherentemente todo el sistema procesal.

Así, la idea de servicio es piedra basal para la definición de la estructura procesal en cuanto a principios y reglas de procedimiento (el único sistema conteste con las ideas expresadas es el dispositivo). Y para comprender al Poder Judicial, ya que la idea de servicio es inherente a la de institución. Tal vez la reafirmación de esta noción sea el camino por el que sea posible la reinstitucionalización del Poder Judicial en épocas de debilitamiento y descreimiento de su organización y de abarcar la intensa demanda de justicia que presiona sobre el sistema¹⁵.

2.5. El método de solución del conflicto – El método de conocimiento

Indicamos arriba que dentro del modelo dispositivo el juez está legitimado para solucionar el conflicto y que esta legitimación provenía de valores de tipo político; pero salta a la vista que el magistrado habilitado para actuar no puede resolver la disputa de cualquier forma. El sistema, entonces, buscar

¹⁴ siempre que tenga un fundamento práctico y realista a fin de no caer en abstracciones alejadas de la realidad.

¹⁵ Esta idea también tiene su injerencia en la cultura jurídica interna. Reclama una nueva conceptualización de la autoridad, un particular modo de intervención pública en el ámbito conflictual en el que el juez sea un servidor público que establezca un estilo de gestión controlado en relación a rendimientos, calidad y productividad judicial. Véase Gómez, Cecilia, *La justicia y el factor humano (De lo jurídico a lo socio organizacional)*, Córdoba, Lerner, 1995.

una justificación a la legitimidad de la decisión, que, obviamente, no reside en los valores mencionados.

Se diseñan un conjunto de pasos y requisitos para que ella sea válida. Las condiciones de legitimidad de la decisión son muchas, a modo de ejemplo podemos mencionar la imparcialidad del juez, su independencia, su formación científico-jurídica, ética, etc. Y una de esas condiciones es el conocimiento por parte del juez del conflicto a fallar (lo que la doctrina ha denominado “cuestión de los hechos”).

En este régimen el magistrado es un tercero imparcial, desinteresado, ajeno e ignorante del litigio tanto en relación a los hechos como al objeto deducido¹⁶. Pero así como no resultaba sensato que pudiera resolver la disputa de cualquier forma, tampoco es razonable que pueda conocer la misma arrojando, por ejemplo, una moneda al cielo o utilizando técnicas de adivinación; tampoco que ordene torturar al demandado para que confiese acerca de los dichos del actor. O que sea él quien salga a buscar pruebas sobre el litigio, puesto que si ello sucediera afectaría su imparcialidad. Lo absurdo de todas estas soluciones radica en que la decisión en cuanto a los hechos no está legitimada por el método utilizado.

El juzgador, entonces, tiene que conocer el conflicto para solucionarlo, pero tiene que conocerlo a través de un método legitimado. En otras palabras, un

¹⁶ Moción de valencia.

conocimiento por el método del conflicto debe preceder a toda decisión sobre el mismo.

De tal modo hay un método de solución de conflictos que tiene dentro un método para el conocimiento del caso traído a juzgamiento, un verdadero submétodo de conocimiento, que es un método de confirmación de las afirmaciones de hecho para las partes y de conocimiento de dichos enunciados para el juez.

En fin, ya tenemos claro que el sistema dispositivo necesita un método para producir un conocimiento legítimo del conflicto que va a solucionar, pero antes de estudiarlo debemos saber **¿sobre qué debe conocer el juez?**

Se habían caracterizado los conflictos como complejos y con múltiples dimensiones. Pero al plano procesal siempre llegan alguna de sus porciones. Las partes (con los abogados) hacen cortes en el conflicto, parcelando la realidad. Como disponen de su conflicto, también fijan la parte que judicializan. Así es como dejan fuera hechos antecedentes, sentimientos, actitudes, etc. y solo presentan algunas afirmaciones de hecho con relevancia jurídica. Se ha dicho que “un contrato y su incumplimiento, un delito, una causal de divorcio son fragmentos temporales y amorfos de realidad”¹⁷.

¹⁷ Lazzaroni, Luis J., *El conocimiento de los hechos en el proceso civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1982, pág. 36.

En consecuencia, el juez podrá adquirir conocimiento sólo de lo que las partes decidan acerca de su disputa; en efecto, el conocimiento del tribunal es directamente proporcional al interés del actor y del demandado.

También hay que hacer notar que las partes presentan al tribunal un relato que tiene como finalidad convencerlo de la razón que les asiste. Serán entonces hechos parciales y emotivos, que resalten las circunstancias que les favorecen y oculten las perjudiciales. Llegan al juez dos puntos de vista distintos, dos exposiciones antagónicas, tal vez coincidentes en algunos puntos. Por lo que si han conciliado sobre algunos aspectos deberá conocer sobre los controvertidos.

Una vez establecido que el magistrado necesita un conocimiento legítimo sobre las cuestiones controvertidas, es hora de indagarnos acerca de ***qué tipo de conocimiento es uno legítimo¹⁸ y cuál es el método para alcanzarlo, teniendo en cuenta que los relatos de las partes solo le ofrecen un saber disperso y fragmentado.***

Desgraciadamente la pregunta nos lleva a analizar un tema álgido en el derecho procesal: la cuestión de la verdad. Sobre ella no se han logrado poner de acuerdo ni filósofos ni juristas, dividiéndose los autores, con sus

¹⁸ Se entiende a la legitimación como “el conjunto de valores, principios, exigencias, metodologías y procedimientos que operan como criterios para justificar las instituciones, los ordenamientos jurídicos, las tomas de decisión, las conductas, etc. de una sociedad” Martínez Paz, Fernando, *Introducción al Derecho*, Segunda edición, Buenos Aires, Abaco, 2003, pág. 363.

derivaciones, entre quienes creen posible alcanzar la verdad y quienes opinan que ello es una empresa irrealizable.

Clarifica este enigma Ortega y Gasset diciendo con lucidez, que bajo el nombre de “verdad” se oculta un problema sumamente dramático. La verdad, al reflejar adecuadamente lo que las cosas son, se obliga a ser una e invariable. Más la vida humana, en su multiforme desarrollo, es decir, en la historia, ha cambiado constantemente de opinión, consagrando como “verdad” la adoptada en cada caso. ¿Cómo compaginar lo uno con lo otro? ¿Cómo acercar la verdad, que es una e invariable dentro de la vitalidad humana, que es, por esencia, mudadiza y varía de individuo a individuo, de raza a raza, de edad a edad? Cada individuo posee sus propias convicciones, más o menos duraderas, que son para él la verdad. “La” verdad, pues, no existe: no hay más que verdades “relativas” a la condición de cada sujeto. Tal es la doctrina “relativista”.

Pero esta renuncia a la verdad, tan gentilmente hecha por el relativismo, es más difícil de lo que parece a primera vista. En primer lugar, si no existe la verdad, no puede el relativismo tomarse a sí mismo en serio. En segundo lugar, la fe en la verdad es un hecho radical de la vida humana: si la amputamos queda ésta convertida en algo ilusorio y absurdo.

Más hondamente fluye desde el renacimiento por los senos del alma europea la tendencia antagónica: el racionalismo. Siguiendo un

procedimiento inverso, el racionalismo, para salvar la verdad, renuncia a la vida. Siendo la verdad, una, absoluta e invariable, no puede ser atribuida a nuestras personas individuales, corruptibles y mudadizas. Habrá que suponer, más allá de las diferencias que entre los hombres existen, una especie de sujeto abstracto común a todos los hombres de todos los tiempos, ajeno a las vicisitudes que son síntoma de la vitalidad.

Pero no se comprende por que razón no ha descubierto el universo de las verdades. ¿Cómo explicar la muchedumbre de opiniones y de gustos que, según las edades, las razas, los individuos, han dominado la historia? Es que desde el punto de vista del racionalismo la historia es la historia de los estorbos puestos a la razón para manifestarse.

Por eso la verdad no puede ser: ni el absolutismo racionalista –que salva la razón y nulifica la vida-, ni el relativismo, que salva la vida evaporando la razón¹⁹.

Si grandes filósofos y juristas no han arribado a una solución aceptada por toda la comunidad científica, no vamos nosotros a dilucidar este misterio metafísico.

¹⁹ Los párrafos citados son extractos del capítulo III de la obra *El tema de nuestro tiempo*, Séptima edición, Buenos Aires, Espasa Calpe, 1950.

Sin embargo, diremos que fácil es observar que todas las disciplinas²⁰ establecen modos para desarrollar distintas operaciones descriptivas, analíticas, explicativas y constructivas a fin de producir, registrar, organizar y legitimar/validar el conocimiento producido, cada una según sus objetivos planteados.

Esto les permite, de algún modo, solucionar el problema de la verdad y las habilita para evolucionar. Son verdades regidas por técnicas preestablecidas y de allí nace su valor; aunque en el fondo nunca sepamos del todo si esa verdad disciplinar es conteste con “la” verdad²¹.

La disciplina procesal también tiene su método de producción, registro y validación del conocimiento; y si las ciencias lo necesitan para avanzar; el proceso para que el juez obtenga un conocimiento válido por el cual pueda interpretar y explicar los aspectos de la realidad traídos a juzgamiento y decidir sobre los mismos. Reiteramos, la disciplina procesal, como las demás ciencias, confecciona un modo de llegar a “su” verdad y no tiene sentido la discusión de si ella es también “la” verdad, pues esta disputa ha sido zanjada por la propia disciplina.

²⁰ Por disciplina entendemos “el conjunto de conceptos, relaciones, estructuras teóricas y hechos pertenecientes a una misma categoría de fenómenos vinculados por principios organizadores comunes”. Martínez Paz, Fernando

²¹ La verdad a la que arriban es una verdad disciplinar. Lo mismo sucede con las demás ciencias. Piénsese en la Sociología que arriba a conclusiones fundadas, por ejemplo, en encuestas que están tomadas sobre un porcentaje del fenómeno en estudio por lo que no arrojarán una verdad absoluta. Lo mismo ocurre con las ciencias que utilizan el método inductivo.

Aclarado este punto, observamos que para la determinación de las pautas y técnicas de conocimiento, el sistema dispositivo elige entre varias direcciones epistemológicas posibles a la vez que tiene en cuenta que la jurisdicción es un servicio de solución de conflictos en el que las partes son dueñas para determinar el objeto a decidir y en el que el juzgador es un tercero imparcial, ajeno, desinteresado e ignorante (porque tiene un saber disperso y fragmentado) del mismo.

Estos elementos plasman un método teórico-normativas de adquisición y aceptación de la verdad²² en el que existirán reglas limitativas y principios garantizadores del conocimiento.

Entre las primeras encontramos, entre otras: limitaciones en cuanto al tiempo de prueba, a la admisión de la ofrecida, al número de testigos, a los hechos que no se prueban, a los hechos sobre los que está prohibido producir prueba, a la necesidad de determinado medio probatorio para algunos hechos , etc.

En relación a los segundos: las partes presentaban hechos parciales, emotivos y controvertidos. Por tanto, la actividad de ambas es fundamental para lograr el conocimiento. Es decir, existe una relación necesaria entre las normas y principios que garantizan la presencia y actividad de los

²² Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón (Teoría del garantismo penal)*, Madrid, Trotta, 1998, pág. 37.

interesados y la verdad disciplinar del caso²³. Por eso es que se consagran como principios probatorios a la bilateralidad y a la contradicción. Es que estas garantías son garantías de conocimiento para el tribunal, sin ellas éste no adquiere un conocimiento legitimado por el método.

En fin, transitado el método por el juez, llega a hechos conocidos o confirmados judicialmente. Que lógicamente constituyen un conocimiento limitado y condicionado por las cuestiones apuntadas, pero validado por la disciplina y habilitante para fallar²⁴.

Solo nos falta determinar si el método descrito es conteste con los presupuestos epistemológicos que garantizan la legitimidad de las demás ramas de la ciencia jurídica.

Sobre estos nos ilustra el Prof. Martínez Paz, quien, luego de largas investigaciones, apunta los siguientes: Interpretar cada hecho complejo en su realidad histórica, cultural, social, ética, jurídica, técnica y económica; el conocimiento solo es tal cuando organiza, relaciona y contextualiza la

²³ Dice Ferrajoli que mientras ninguna prueba (confirmación) es suficiente para justificar la libre convicción del juez sobre la verdad de la acusación, una sola contraprueba (refutación) es suficiente para justificar el conocimiento contrario. De allí que para que la hipótesis acusatoria sea tenida como verdadera, no basta que sea compatible con varios datos probatorios, sino que no sea contradicha por ningún otro. Ferrajoli, Luigo, *Derecho y razón (Teoría del garantismo penal)*, Madrid, Trotta, 1998, pág. 150.

²⁴ Por eso estamos parcialmente de acuerdo con Trionfetti, quien expresa que “el proceso judicial civil es contra-epistemológico. Son más los elementos de cierre del proceso que operan por ficción, representación, presunción o, simplemente, formalidad, que por verificación empírica”. Trionfetti, Víctor, “La construcción de los hechos en el proceso” en *Revista de Derecho Procesal, Prueba I*, dirigida por Roland Arazi, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2005, pág. 110. Nosotros diremos que el proceso no es contra-epistemológico sino que tiene una epistemología propia y que es cierto que en ella hay muchos elementos de cierre.

información (esta sólo ofrece saberes dispersos y fragmentados); y finalmente, la científicidad pertenece a una tarea pluralista de confrontar, proponer, refutar, corregir, verificar y aceptar las distintas hipótesis, ya que el conocimiento es un ir y venir entre certezas y cuestionamientos²⁵.

Creemos que todas estas operaciones son realizadas por el juez. Este interpreta los hechos en su realidad histórica, social, ética, jurídica y económica; organiza, relaciona y contextualiza la información presentada por las partes; y, finalmente, confronta, verifica y acepta una de las hipótesis planteadas. En esta tarea va y viene entre certezas y cuestionamientos hasta lograr una síntesis integradora.

Claro que para realizar todas estas actividades se necesita de vías pluralistas, puesto que la verdad se alcanza necesariamente de manera participativa. Esto es, con la campana de ambas partes, se pueda conocer “lo que está tejido junto”. Por eso pusimos especial énfasis y caracterizamos como principios, a todas las actividades de ambas partes. Y por eso vimos que la información solo ofrece saberes fragmentados, parciales y distorsionados, como lo hace cada una de ellas.

En suma, la verdad procesal es la que está formulada con arreglo a las leyes y normas del método. Su importancia radica en que: permite la decisión

²⁵ Martínez Paz, Fernando, *La construcción del mundo jurídico multidimensional*, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2003, págs. 36 a 41.

jurisdiccional en cuanto a los hechos²⁶ y es un mecanismo objetivo de conocimiento, por ende, controlable (volveremos luego sobre este punto)²⁷.

La verdad procesal surge del método pero **¿cómo el juez tiene conciencia de que ha alcanzado la verdad procesal, cómo tiene certeza de que ha conocido?**

La certeza es fundamental porque es el elemental instrumento para la acción, a diferencia de la duda, que impide la decisión²⁸. De allí la importancia de alcanzarla. Pero poco interesaría conseguir los hechos de manera metódica, objetiva, erradicando cualquier tipo de subjetivismo en el percibir; si con posterioridad le permitiéramos al juez convencerse fuera del método y aún en contra de él²⁹.

Por tanto, la ley prescribe la sana crítica racional como el método de convencimiento que debe seguir el juzgador. No vamos a describir aquí las operaciones que conforman esta metodología: como el juez analiza las pruebas en su conjunto, como utiliza los principios de la lógica y de la experiencia, etc. Tampoco las limitaciones a las que estas reglas están sometidas, como ser el valor que le asigna la ley a determinadas pruebas.

²⁶ Los jueces buscadores de la verdad real no podrían fallar nunca.

²⁷ Se busca eliminar todo subjetivismo porque se entiende que cada juez tiene ideas que influyen sobre lo que ve y decide. Estas ideas, por lo general, se originaron en lecturas, experiencias en tribunales, presiones del medio, modas procesales, etc.

²⁸ Lazzaroni, *Ob. Cit.*, pág. 198.

²⁹ Couture, Eduardo J., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Tercera edición, Buenos Aires, Depalma, 1990, pág. 273.

Mucho menos analizaremos aquí el concepto de certeza porque estimamos que está solucionado con los fundamentos arriba descritos sobre la verdad. Es que si no podemos alcanzar “la” verdad tampoco podemos estar absolutamente convencidos. Máxime si el método de convencimiento tiene, como veíamos, limitaciones. Por lo que el convencimiento es también un convencimiento disciplinar.

Nos interesa, en cambio, dejar claro la trascendencia de este mecanismo.

Su valor está dado por dos factores: en primer lugar, porque es congruente con las ideas expuestas acerca de la necesaria legitimación de la decisión sobre los hechos. En segundo lugar, porque el juez debe mostrar que lo ha seguido para convencerse.

Lo último es vital. La expresión de los fundamentos por los cuales se siente convencido y por eso sentencia, son pasibles de un control, objetivo y racional, por los interesados. Son ellos los que evaluarán si el camino señalado por el método es el que ha seguido el juzgador, o si, por el contrario, ha transitado por una ruta equivocada.

Y este control deberá ser a más de oportuno, abarcativo; lo que se traduce en la garantía a un recurso amplio en cuanto a los hechos³⁰. Ello es así ya

³⁰ Véase, González Castro, Manuel, *Ob. Cit.*

que en el silogismo sentencial tan importante es controlar la legitimidad de los hechos (premisa mayor), como la del derecho (premisa menor).

En suma, la ley ha querido tanto objetividad en la producción del conocimiento cuanto en su valoración. No sólo para eliminar la arbitrariedad –ya que el poder tiende siempre a prevalecer sobre el saber³¹- sino también porque la legitimidad de una decisión judicial se da cuando la rectitud está presente en estas cuestiones.

En la introducción explicamos que dado el estado actual de la doctrina procesal analizaríamos el principio de la necesidad de la prueba a la luz de la denominada doctrina moderna del derecho procesal.

2.6. Las nuevas tendencias en materia procesal civil y el conocimiento del tribunal

Quienes adscriben a estas nuevas tendencias sostienen una posición crítica de la disciplina procesal. Determinan que el proceso, tal y como está concebido, es un mecanismo anticuado e inútil, que no logra una solución realmente verdadera del conflicto. Opinan que el proceso necesita una transformación, una toma de conciencia y un cambio de mentalidad para adecuarse a esta nueva exigencia. Reclamo que surge del interés que tiene

³¹ Albanese, Susana, “La prueba como garantía” en *Revista de Derecho Procesal, Prueba I*, dirigida por Roland Arazi, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2005, pág. 325.

la sociedad toda –y por ende también el Estado- en que los conflictos se resuelvan con verdad, condición para aplicar el derecho violado y así restablecer el orden social.

Para ello se necesita, explican, modernizar la estructura procesal, requiriéndose, entre otros cambios: flexibilizar los principios procesales, elevar la figura del juez y sus poderes probatorios, y exigir la cooperación y solidaridad de los adversarios con el oficio judicial, puesto que la búsqueda de la “verdad” es una tarea conjunta de todos los sujetos del proceso.

A la luz de las ideas expuestas en los puntos anteriores, varias son las objeciones que debemos hacer a esta doctrina.

No creemos que la sociedad tenga interés en la verdadera solución del litigio ni que la jurisdicción deba aplicar siempre el derecho objetivo y que gracias a esto se restablezca el orden social. Afirmamos al comienzo que el orden social se conserva si y solo si las partes tienen plena libertad en el ejercicio conflictual de sus derechos disponibles. Y el interés de la sociedad radica en que se garantice ese espacio de libertad diseñado conforme el orden social y que la jurisdicción mantenga las condiciones para su desarrollo. De lo contrario, se niega al hombre como realidad personal, limitándolo en un ser estrictamente funcional y abstracto, operándose así su despersonalización, su desindividualización. Y logrando lo que, justamente, el complejo trata de

impedir, “la ocupación de la sociedad por la sociedad” porque es esto lo que altera el orden social querido.

Estas ideas llevan a equivocar el concepto de verdad (conocimiento legítimo). Conocimiento legítimo es conocimiento disciplinar, pues “la” verdad es inalcanzable, en el pleito y en cualquier otra ciencia. Intentar buscarla en el proceso es idealizar al derecho procesal a más de degenerar su rol.

Al mismo tiempo notamos que muchas veces el concepto es manipulado, como si el conocimiento mismo no fuera un problema. Por un lado debe buscarse la verdad real puesto que es jurídicamente intolerable un debate entre ficciones y por otro, cuando la situación lo amerita, pueden resolverse definitivamente reclamos sin arribar a ella³². Lo que hay de verdadero aquí es el manejo que estas doctrinas hacen de la verdad. Un indudable pragmatismo, en el que lo verdadero es, en definitiva, lo útil. Pero es palmario que no es lícito identificar ambos conceptos³³; no existen “verdades a la carta”. El pensar en “la verdad jurídica objetiva” proviene de un pensamiento fraseológico y grandes autores nos advierten sobre su peligrosidad³⁴.

³² Como sucede en las medidas autosatisfactivas en las que el juez resuelve con el saber parcial, fragmentado e interesado que le brinda el actor, es decir, en la ignorancia.

³³ Hessen, Johan, *Teoría del conocimiento*, vigésima primera edición, Buenos Aires, Losada, 1983, págs. 44 a 47.

³⁴ Explica Ortega y Gasset que la fraseología se da cuando un hombre usa el pensamiento no para reflejar las cosas, sino para construir las imaginariamente, añadiéndole los trozos que acaso les faltan. Pensar no sería, según este régimen reflejar el mundo, sino adobarlo, redondearlo. Estas realidades son

A su vez, este manejo del conocimiento supone un manejo del método para conseguirlo. Y a veces, incluso, llega a buscarse fuera de las reglas. En algunos casos se exige la participación activa, solidaria y colaboracionista del actor y del demandado; en otros, para llegar a la verdad no es necesaria su presencia. Finalmente, estas mismas contradicciones aparecen en relación al grado de conocimiento necesario para fallar. Se requerirá absoluta certeza aunque, en ocasiones, baste con la sola fuerte probabilidad o la evidencia, que no es otra cosa que intuición³⁵.

incomovibles, invariables y de una perfección formal o abstracta que ninguna realidad efectiva puede poseer: un cosmos simplificado, de aristas claras y terminantes. No tiene duda que vivir en un universo de estas condiciones es sobremanera cómodo. Lo terrible de la realidad efectiva es que nunca sabe uno bien como es en definitiva, y, consecuentemente, no sabe uno como comportarse ante ella. La utilidad de pensar en frase es evidente. Es la gran simplificación de la vida. En vez de ajustar el pensamiento a las cosas, es la realidad la que se ajusta al perfil abstracto que el intelecto dibuja. Y es Unamuno quien nos advierte sobre la peligrosidad de ser esclavos de frases, de fórmulas de los que se está poseído en vez de poseerlos. No poseedores de ideas, sino poseídos de palabras. Ortega y Gasset, José, *El espectador*, Biblioteca Básica Salvat, Salvat, Madrid, 1970, págs. 145 y ss.; Unamuno, Miguel de, *La dignidad humana*, Quinta Edición, Espasa Calpe, Madrid, 1961, pág. 33.

³⁵ “La peculiaridad de la certeza intuitiva consiste justamente en que no puede ser probada de un modo lógicamente convincente, universalmente válido, sino que sólo puede ser vivida personalmente” Hessen, *Ob. Cit*, pág. 121. Y eso es lo que el proceso trata de evitar que el conflicto sea decidido con un conocimiento que sólo puede ser vivido personalmente por el juez y por tanto incapaz de ser controlado.

3. CONCLUSIONES

En la introducción afirmamos que para el juez, el principio de necesidad de la prueba significaba la exigencia de un determinado método de conocimiento y de valoración.

A continuación observamos que en el marco de los derechos disponibles, la función del magistrado era garantizar un método de solución del conflicto que las partes, libremente, traían a juzgamiento. Y que para resolverlo debía conocer, pero no de cualquier forma.

Dentro de este método de solución –método dispositivo- se encontraba un modelo teórico-normativo de conocimiento y de valoración. Que tenía reglas que limitaban el conocimiento y principios que lo hacían realmente posible. Mediante este, el juez adquiriría un saber del que no podíamos predicar que fuera “el” saber, pero en definitiva, válido, disciplinar y, sobre todo, legitimante de la decisión³⁶.

Dada la función legitimante del método la ley busca que el juez lo respete siempre, razón por la cual lo eleva a la categoría de principio. Insistimos, el principio de necesidad de la prueba, para el juez, es necesidad del modelo

³⁶ Recordamos que la cuestión de los hechos es sólo uno de los criterios por los cuales se puede predicar la legitimidad de la toma de decisión por parte del juez, pero no el único. Hay siempre detrás de la sentencia un conjunto de valores, principios, exigencias y metodologías. Así, se habla de la legitimidad del juez en cuanto a la ética, su formación científico-jurídica, su independencia, etc.

de conocimiento y convicción edificado por el sistema dispositivo y de su respeto. En otras palabras, el tribunal necesita transitar por estos caminos para cumplir correctamente su misión, y si se desvía, como el modelo es objetivo, es pasible de control por los sujetos interesados.

Además vimos que este principio viene apuntalado por otros que garantizan la participación tanto del actor como del demandado (contradicción, bilateralidad).

En el manejo de la verdad que hacen las nuevas doctrinas este principio es lesionado. Pero al manipular el método de conocimiento y de convicción, construyen una decisión no legítima de la cuestión fáctica y por tanto subjetiva y alejada del control de las partes.

Nosotros, por el contrario, creemos que este principio tal y como está concebido es una estructura no negociable compuesta por pilares éticos, sociales y epistemológicos que no puede ser pasible de modificaciones por ser legitimante de la sentencia en la cuestión fáctica. En definitiva, constituye la consagración de un esfuerzo del hombre en la construcción de su mundo jurídico que hay que compartir, vivenciar y sobre todo, valorar.

4. BIBLIOGRAFÍA

ALBANESE, Susana, “La prueba como garantía” en *Revista de Derecho Procesal, Prueba I*, dirigida por Roland Arazi, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2005.

ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Introducción al estudio del Derecho Procesal*, Reimpresión, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1997.

AYALA, Francisco, *Historia de la Libertad*, Segunda Edición, Buenos Aires, Atlántida, 1951.

BUTELER CÁCERES, José A., *Manual de Derecho Civil, Parte general*, Córdoba, Advocatus, 2000.

COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Tercera Edición, Buenos Aires, Depalma, 1990.

ENTELMAN, Remo, *Teoría de Conflictos (hacia un nuevo paradigma)*, Barcelona, Gedisa, 2002.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón (Teoría del garantismo penal)*, Madrid, Trotta, 1998.

FERREYRA de DE LA RÚA, Angelina y Cristina GONZÁLEZ DE LA VEGA de OPL, *Teoría general del proceso*, Córdoba, Advocatus, 2003.

GÓMEZ, Cecilia, *La justicia y el factor humano (De lo jurídico a lo socio-organizacional)*, Córdoba, Lerner, 1995.

GONZALEZ CASTRO, Manuel A., *El Derecho al recurso en el Pacto de San José de Costa Rica*, Córdoba, Lerner, 2004.

HESEN, Johan, *Teoría del conocimiento*, vigésima primera edición, Buenos Aires, Losada, 1983.

LASCANO, Carlos, *Derecho Penal, parte general*, Córdoba, Advocatus, 2001.

LAZZARONI, Luis J., *El conocimiento de los hechos en el proceso civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1982.

MARTÍNEZ PAZ, Fernando, *La construcción del mundo jurídico multidimensional*, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2003.

- *Introducción al derecho*, Segunda Edición, Buenos Aires, Abaco, 2004.
- *La enseñanza del derecho (modelos jurídico-didácticos)*, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Ed. El copista, 1995.
- *La política educacional en una sociedad democrática*, Córdoba, García Ediciones, 1996.

ORTEGA Y GASSET, José, *El tema de nuestro tiempo*, Séptima Edición, Buenos Aires, Espasa Calpe, 1950.

- *El espectador*, Biblioteca Básica Salvat, Madrid, Salvat, 1970.

TRIONFETTI, Víctor, “La construcción de los hechos en el proceso” en *Revista de Derecho Procesal, Prueba I*, dirigida por Roland Arazi, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2005.

UNAMUNO, Miguel de, *La dignidad humana*, Quinta Edición, Madrid, Espasa Calpe, 1961.

URQUIZA, María Isabel, *Conciencia jurídica*, Córdoba, Advocatus, 2001.