

DERECHOS FUNDAMENTALES Y LOS MEDIOS PROBATORIOS FUNDAMENTAL RIGHTS AND PROBATION MEDIA

Artículo Científico Recibido: 12 de septiembre de 2018 **Aceptado:** 15 de noviembre de 2018

Juan Marcelino González Garcele¹
Marcelino_py@hotmail.com

RESUMEN: El Profesor Juan Montero Aroca publicó un pequeño libro titulado «El Derecho Procesal en el siglo XX» (2000) en el que, según sus propias palabras, intentaba una síntesis de la evolución conceptual del Derecho Procesal y una relación de los problemas que la realidad ha ido suscitando en los procesos civil y penal, con las respuestas ofrecidas para solucionarlos. Uno de los principios fundamentales como eje rector interpretativo lo constituye el principio «pro persona». En esta ponencia, quisiera exponerles algunas ideas respecto a la interpretación y aplicación de los tratados internacionales de los derechos humanos que guarda relación con la *producción y diligenciamiento de las pruebas*, para luego avocarnos a las corrientes dominantes actualmente en América Latina, que pregonan actualmente el garantismo y el activismo judicial realizando un balance sobre sus principales teorías, sus fortalezas y debilidades. De allí no podemos perder de vista que los operadores judiciales no solo conozcan los diferentes instrumentos internacionales sobre derechos humanos, sino fundamentalmente, que los interpreten de conjunto con las normas y disposiciones del Derecho interno, concretizando en la práctica judicial y en cada caso concreto, las aspiraciones de una sociedad democrática consignadas en lo que la doctrina identifica como los valores superiores de la Constitución, con una visión coherentemente racional— la disposición más favorable al individuo, no solo se estaría haciendo una interpretación integral del sistema jurídico vigente, sino además, se estaría actuando como un juez justo y racional, como un juez de la Constitución, respetuoso de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

ABSTRACT: Professor Juan Montero Aroca published a small book entitled "Procedural Law in the Twentieth Century" (2000) in which, according to his own words, he tried a synthesis of the conceptual evolution of Procedural Law and a list of the problems that reality has been raising in civil and criminal proceedings, with the answers offered to solve them. One of the fundamental principles as the guiding principle of interpretation is the "pro persona" principle. In this paper, I would like to present some ideas about the interpretation and application of international human rights treaties related to the production and processing of evidence, and then to address the dominant currents currently in Latin America, which currently proclaim the guarantee and judicial activism making a balance on their main theories, their strengths and weaknesses. From there we can not lose sight of the fact that the judicial operators not only know the different international instruments on human rights,

¹ Post doctor en derecho por la Facultad de Derecho IMED (2017). Doctor en Ciencias Jurídicas por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UNA (2008). Doctor en Ciencias Políticas por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UNA (2017). Magíster en Derecho Penal y Procesal Penal por la Universidad Columbia. Magíster en Ciencias Forenses (2005). Profesor de Maestría y Doctorado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UNA, en la Universidad Intercontinental, en la Universidad del Pacífico y en la Universidad Politécnica y Artística del Paraguay. Profesor de la Escuela Judicial del Paraguay. Autor de varios libros publicados en Paraguay, Argentina, Chile, Perú, México, Venezuela, Brasil, España, etc. Miembro titular de la Red Internacional de Juristas para la Integración Americana. Premio THEMIS 2018 otorgado por la Confederación de Abogados Latinoamericanos. Declarado ciudadano ilustre por la Junta Municipal de Pedro Juan Caballero, Yby Yaú, Panamá, David, Bogotá, Arequipa, Quito, Caracas, República Dominicana, etc. Premio Nacional Comunero (2018) otorgado por el Congreso Nacional de Paraguay, máxima condecoración otorgada por el Gobierno Paraguayo.

but fundamentally, that they interpret them in conjunction with the norms and provisions of the domestic law, concretizing in the judicial practice and in each concrete case, the aspirations of a democratic society consigned in what the doctrine identifies as the superior values of the Constitution, with a coherently rational vision - the most favorable disposition to the individual, not only would be an integral interpretation of the current legal system, but also, he would be acting as a fair and rational judge, as a judge of the Constitution, respectful of human rights and fundamental freedoms.

PALABRAS CLAVE: derechos fundamentales, prueba, garantismo judicial, activismo judicial.

KEYWORDS: fundamental rights, evidence, judicial guarantee, judicial activism.

SUMARIO: Introducción 1. El derecho fundamental de la «libertad probatoria» 2. La verdad y su importancia en el derecho probatorio 3. Las pruebas de oficio 4. La «Verdad», «Proceso» y «Decisión Jurisdiccional». 5. Las cargas dinámicas. Problemática que suscita 6. La prueba y la sentencia Bibliohemerografía

INTRODUCCIÓN

El presente acápite se constituye tal vez, en el más importante de la presente propuesta. Los métodos de interpretación tradicionales no son aplicables, en buena medida, a los preceptos constitucionales. Lo que proponemos, es elevar a la argumentación jurídica a un nivel completo e integral para la aplicación de los derechos fundamentales con relación al derecho probatorio. Esto es, dotar de una suerte de herramienta que facilite y asegure un análisis y fundamentación total, completa, en procura de alcanzar una debida como esperada administración de justicia. No se necesitan mayores desarrollos para recordar que el «derecho a la prueba» es componente esencial del debido proceso y que, como derivación de ese derecho, ninguna norma puede limitar la proposición de pruebas que sean legítimas, idóneas y referidas al objeto del proceso. El único medio para obtener la tutela jurisdiccional efectiva—como derecho fundamental— es la demostración de la fundabilidad o razonabilidad de la propia pretensión, por lo que la negación de la posibilidad de realizar esa demostración equivale a impedir, de hecho, la tutela jurisdiccional.

1. El derecho fundamental de la «libertad probatoria»

El derecho a la prueba se manifiesta especialmente en el derecho a proponer – utilizar– cualquier medio de prueba disponible que resulte útil para la determinación de los hechos que componen el objeto del proceso. En la doctrina del common law este principio se denomina «free proof». Como enseña TARUFFO, «...Por free proof se entiende que, salvo en el caso que existan normas específicas, la prueba es libre, en el sentido de que todo elemento relevante puede ser empleado, sobre la base de los cánones del sentido común y de la racionalidad, para probar los hechos: esta libertad corresponde a las partes, que tienen que poder utilizar en el proceso cualquier medio de prueba relevante, y al juez, que tiene que poder determinar los hechos mediante una valoración racional (y, por tanto, no vinculada más que a los cánones de la racionalidad) de las pruebas adquiridas en juicio». Por cierto, que este derecho tiene ciertas limitaciones que derivan de la reglamentación jurídica de la prueba ("law of evidence"). (La prueba, 1ª ed., trad. por Laura MANRÍQUEZ y Jordi FERRE BELTRÁN, Marcial Pons, Madrid, 2008). Lo mismo ocurre en el derecho del civil law, en el que «... existe un principio de libertad de la

prueba en función del cual todo elemento de conocimiento útil para la determinación del hecho puede ser usado sobre la base de los criterios cognoscitivos propios de la racionalidad general" (VÉSCOVI, Enrique, "La carga de la prueba", en las IXas Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, Ed. Universidad, Mdeo., 1997, pp. 263-274). Principio que también – como todo principio – tiene sus límites, derivados de la regulación jurídica de las pruebas de esa libertad deriva un primer punto de vista relevante, conforme al cual la libertad significa que las partes tienen «la posibilidad de utilizar todos los medios de prueba relevantes de que dispongan» (VÉSCOVI, Enrique et. al, Código General del Proceso", Ed. Ábaco, Bs. As., 1998, t. 4, pp. 23-325). Ergo, considero particularmente, la exigencia de la libertad de la prueba constituye uno de los que denomino **principios especiales del proceso**; en otras palabras, es una exigencia imprescindible a la idea de proceso, que se vincula específicamente con una de las sub—categorías del proceso: *la función probatoria*. En la misma línea que DEVIS ECHANDÍA, se reconocen dos aplicaciones del principio: libertad de objeto y libertad de medios. En relación a la segunda, se indica que el principio tiene algunas limitaciones, derivadas de la imposibilidad de utilizar determinados medios, de la existencia de un régimen regulado de proposición de pruebas, etc.

(DEVIS ECHANDÍA, Hernando, Teoría General de la Prueba Judicial, t. I, Zavalía Ed., Bs. As., 1988, pp. 421-494.)

El Derecho Procesal —entre sus múltiples contenidos— establece una serie de procedimientos que refieren a lo que denominó como «función o actividad probatoria», «o de confirmación» como por ejemplo la denomina ALVARADO VELLOSO. (Compendio de la prueba judicial, t. I, 1ª ed., anotado y concordado por Adolfo ALVARADO VELLOSO, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, Argentina, 2000, pp. 193-217)

Esa *función* o *actividad* es la que aglutina a todos los actos procesales que persiguen como **fin la prueba** y, en definitiva, están dirigidos a permitir al órgano jurisdiccional resolver acerca de la existencia o inexistencia de los hechos alegados por las partes. De esa función procesal, nos interesa ahora la fase final: aquella en la que el órgano jurisdiccional debe decidir si los hechos alegados existen o no existen.

2. La verdad y su importancia en el derecho probatorio

La percepción del ser humano en general sobre la realidad, especialmente sobre los hechos que para sí son tomados como verdaderos y conscientes, no es fácil de ser conocida y explicada. La duda sobre la verdad y aun mismo sobre la existencia del hombre y de las situaciones fácticas vividas se constituye en una de las más difíciles e importantes preguntas sobre la humanidad. Una de las principales reflexiones sobre la verdad y su existencia—según mis investigaciones— fue presentada por René Descartes, en su libro «Discurso del Método», donde su duda sobre la existencia quedó concretizada en una cita muy difundida, cual sea, «pienso, luego existo». Descartes, considero que con dicha reflexión, puso en duda la propia existencia y la propia duda sobre los hechos de la realidad, resolviendo un conflicto existencial, incluyendo un elemento subjetivo, cual sea, el «pensamiento», que para él constituye la propia prueba de la existencia de la realidad. Esa constatación de que el pensamiento construye la realidad fue hecha de modo empírico, sin conocimiento sobre el psicoanálisis.

Es así cuando tomamos para nosotros, como verdadera, determinada premisa, esa elección muchas veces puede haber sido hecha de modo irracional, por una serie de

influencias ambientales o de prejuicios de la persona, y eso hace con que nuestros enjuiciamientos, aunque en bases racionales, puedan sufrir influencia directa de elementos irracionales, a veces resueltos por una cuestión de simpatía o antipatía, por ejemplo.

Por ello, no creo que estemos muy equivocados al decir que la verdad en el proceso sufre influencia directa de «factores externos», extra autos, que dicen mucho más sobre los sujetos procesales que sobre la propia verdad en sí. Factores argumentativos, políticos, sociales y económicos, si bien empleados, son capaces de sensibilizar los sujetos procesales y pueden transformar hechos improbables en hechos verdaderos. Estos «factores externos» pueden, verbigracia, interferir directamente en la prueba testimonial. Eso es fácilmente demostrable cuando confrontamos la declaración de dos testigos que hayan presenciado el mismo hecho. Confrontadas las declaraciones de los dos, verificamos que los mismos hechos son narrados de formas diferentes, los detalles que llamaron la atención de un testigo no son los mismos que llamaron la atención del otro testigo, quienes años estamos en la litigación adversarial percibimos que esta es una situación común en este tipo de pruebas.

Otra cuestión muy densa para tratar son las llamadas pruebas periciales, y allí concebimos que opera mucho la subjetividad. Se cree —sin embargo—que la prueba pericial es una prueba objetiva, con pequeña probabilidad de error, una vez que dicha prueba se utiliza de conocimientos científicos para elaborar sus dictámenes periciales (instrumento técnico que contiene las principales impresiones sobre el objeto de investigación). Sin embargo, los “factores externos” siempre influyen el resultado de la pericia, pues la subjetividad de los peritos no puede ser descartada, cuando haya la elaboración del dictamen. Dicho en otros términos, esto significa decir que el perito, por razones inconscientes, acaba direccionando el resultado de su pericia, sin darse cuenta, presentando resultados supuestamente racionales.

Es dable señalar que la «verdad» y «prueba» están estrictamente ligadas a nuestro pensamiento, y muchas veces lo que percibimos del mundo y de la realidad son consecuencias de innumerables «factores externos», «subjetivos», que interfieren en la interpretación de la realidad. Así, la verdad es explicada como «justificación» que permita a todos los interesados la efectiva participación en el proceso de formación de la decisión jurisdiccional. Ahondando en el análisis, diremos que la verdad es fruto de la creación humana, y la prueba es la tentativa del hombre de convencer a todos de que la mejor interpretación de la realidad es aquella percibida por él, consciente o inconscientemente. Apenas el pensamiento y su debida deducción pueden permitir la construcción de la realidad. Vivimos dentro de nuestros pensamientos.

La relación entre verdad y prueba es uno de los puntos más tormentosos del derecho procesal, tanto en Paraguay como en el mundo. Verificamos que el juez muchas veces cree que la prueba es la representación de la realidad. Tal error en creer que la prueba es una fiel representación de la realidad induce a innumerables errores judiciales y comprensiones equivocadas a la aplicación del derecho. Buscaremos informar que la prueba es un elemento interpretativo, que depende de la subjetividad humana. El análisis de la prueba es una actividad dialógica, en medida del debate contradictorio de las partes y de los fundamentos jurisdiccionales.

3. Las pruebas de oficio

La propuesta de este texto es discutir hasta qué punto la prueba judicial dispuesta de oficio guarda compatibilidad constitucional con el principio del *due process of law* y sus derivados, que debe orientar la actuación del juez en el curso del proceso, y que guarda relación con la denominada prueba de la verdad en el proceso. Es ese el punto que merece reflexión y donde está radicada la «tesis» que aquí será defendida. En los sistemas procesales que conocemos, el desenvolvimiento del proceso rumbo a la formación del pronunciamiento de mérito queda a cargo y bajo el «gobierno» de un único juez – persona física – que ejerce solo toda la magnitud del poder que la Constitución Nacional y las leyes subalternas confieren al Poder Judicial. No tengo duda de que los defensores de la prueba de oficio dispuesta por el mismo juez que deba dictar la sentencia sustentan esta posibilidad pretendiendo un juzgamiento lo más correcto posible, de acuerdo con la mejor reconstrucción histórica fáctica que se pueda realizar en el proceso.

Siempre me he preguntado: *¿es creíble suponer que el juez permanece con su imparcialidad absolutamente inamovible cuando dispone la prueba de oficio, realizando, por lo tanto, actividad que sería propia de la parte, y, en la secuencia, dicta sentencia con base en la prueba por él dispuesta?* Seriamente no creo que la respuesta a esa interrogante pueda ser SI.

Por mejor que sea la intención del juez cuando utiliza sus poderes *instructorios ex officio*, lo cierto es que su postura activa fue fomentada por la duda en cuanto a la existencia del hecho en que se funda el derecho pretendido o resistido. Si, al contrario, el estado consciente o inconsciente del magistrado fuera de certeza, ciertamente no dispondría la producción de la prueba de oficio. Y si existe duda en cuanto a los hechos aportados por las partes es porque el juez siente la certeza derivada de la parcialidad que el debido proceso legal impide invada el juicio propio de su función. Si frente a la realidad fáctica construida en el proceso el juez no se convence del hecho constitutivo del derecho alegado, la única conclusión a que se puede llegar es que él – juez – tiene la CERTEZA de que el derecho postulado no puede ser concedido.

Debemos rescatar una idea presente en la mayoría de doctrina autoral, a saber, concebir al proceso como un método de debate para la resolución de conflictos y la tutela de bienes e intereses jurídicos y sobre todo el reconocer su dinamismo y dialecticidad. Por los momentos, reiteramos que la idea de proceso como método de debate dialéctico produce desde una perspectiva estática una relación triangular entre juez y partes (parte actora y parte demandada), donde aquel en su condición de autoridad tiene el deber de decidir el conflicto de intereses que la parte actora plantea y que el demandado resiste.

Por lo que podemos decir como conclusión parcial sobre este tema, denso en el debate doctrinario que la imparcialidad procesal es un principio y presupuesto del proceso que debe delimitarse legislativamente, no sólo desde una perspectiva netamente jurídica, sino que debe considerar también su enfoque psicológico, considero que es un derecho de las partes que el juez a cargo de substanciar y sentenciar su proceso, sea imparcial tanto objetiva como subjetivamente y ello no solamente respecto de quienes son las partes del proceso (aspecto subjetivo) sino también respecto de la materia de la litis y su resultado: la sentencia (aspecto objetivo), por ello, la prueba de oficio, sino con seguridad, al menos con una alta probabilidad, permite que la decisión jurisdiccional se

vea influenciada por los llamados sesgos cognitivos (incluso sin conciencia de ello por parte del juez) y ello es más que suficiente para abolir esas facultades en los procesos dispositivos.

4. La «Verdad», «Proceso» y «Decisión Jurisdiccional».

La decisión jurisdiccional siendo una «sentencia» o «enunciado» [como comúnmente le gusta denominar a los juristas iberoamericanos] de verdad está estrictamente vinculada al lenguaje. La relación entre «verdad», «proceso» y «decisión jurisdiccional», en términos técnicos, debe ser buscada —según mi modesto entender— a partir de la filosofía del lenguaje. El «discurso de aplicación» de las normas a los casos concretos se refieren siempre a los intereses de las partes inmediatamente involucradas. La «verdad» de una decisión jurisdiccional se libera del modo de la certeza de la acción y toma forma de un enunciado hipotético, cuya validez queda suspendida durante el discurso. La argumentación tiene forma de un concurso que visa a los mejores argumentos a favor de o en contra pretensiones de validez controvertidas, sirviendo a la búsqueda cooperativa de la verdad. En ese sentido, argumenta Habermas que “lo que consideramos verdadero debe poder ser defendido con razones convincentes no sólo en otro contexto, sino en todos los contextos posibles, o sea, a todo momento, y contra quienquiera que sea. La teoría discursiva de la verdad se inspira en eso; de ese modo, un enunciado es verdadero cuando, en las exigentes condiciones de un discurso racional, resiste a todas tentativas de refutación”. (GELSI BIDART, Adolfo, “Proceso laboral y carga de la prueba”, RUDP, 2/1975, pp. 33-42)

Habermas nos presentó en su momento el modelo de democracia, con una visión procesal del derecho, en donde la decisión jurisdiccional debe reflejar la voluntad y la opinión de los participantes del proceso. La verdad podría ser obtenida a medida que sean asegurados a los participantes en el proceso jurisdiccional la posibilidad de argumentación, en donde toda decisión tiene que ser constitucional y democrática. Lo que va a influir en el resultado de un enjuiciamiento y a corresponder a la «verdad» no es su correspondencia con la realidad, sino, sobre todo, la argumentación aplicada al discurso. Eso es lo que va a posibilitar la superación del término «justicia en las decisiones» por el término «legitimidad decisoria». Solamente en las praxis es posible confiar intuitivamente en la «verdad», de modo incondicional. Pero cuando esa práctica del mundo sufre problematización, por argumentación, ahí entonces se necesita el proceso jurisdiccional para evaluar si tales pretensiones de validez merecen o no un reconocimiento racionalmente motivado.

Verdadera es la decisión jurisdiccional justificada que haya sido obtenida por intermedio del consenso entre los interesados en el proceso jurisdiccional. La verdad, en Habermas, significa consenso obtenido por el mejor argumento. Y el papel del derecho procesal no se limita a institución de procedimientos destinados a la aplicación del derecho, sino, sobre todo, a garantizar un espacio discursivo en el que los interesados por la decisión jurisdiccional también se identifiquen como autores de esa norma jurídica. El derecho procesal no regula la argumentación jurídico—normativa como tal, pero asegura, en una línea temporal, social y material, el cuadro institucional para consecuencias comunicativas no—circunscritas, que obedecen a la lógica de discursos de aplicación.

5. Las cargas dinámicas. Problemática que suscita

En la ciencia del Derecho Procesal, a esta altura de su evolución, nadie duda que la carga de la prueba debe ser atribuida, por regla general, a la parte que alega el hecho en que se funda la norma jurídica que lo beneficia. Además, la doctrina también coincide en que, en ciertos casos excepcionales, corresponde la carga de la prueba a la parte que se encuentre en mejores condiciones de probar, entendiendo por tal circunstancia la disponibilidad de los medios probatorios, siempre y cuando esta reversión sea realizada por la ley y no por el juez. Si la inversión de la carga de la prueba es realizada por el Juez, nos encontramos en presencia de una carga probatoria dinámica. Este es nuestro concepto, el cual debe ser considerado como correcto según explicaremos. Aclaremos que las denominadas «cargas dinámicas de las pruebas» no se encuentran legisladas en nuestro Código Procesal Paraguayo, pero, han sido admitidas jurisprudencialmente, especialmente, en los casos de demandas por daños ocasionados por malas praxis médicas.

La carga dinámica de la prueba, como se sabe, es una doctrina que surge como consecuencia de un complejo caso de responsabilidad médica en Argentina, y de las construcciones teóricas en torno a este tema consolidadas por el profesor Jorge Peyrano, a quien debe reconocerse la autoría de la misma en su obra «Cargas Probatorias Dinámicas», la que comparte con otros autores, elaborando toda una sistematización al respecto. Esta doctrina sustenta que «más allá del carácter de actor o demandado, en determinados supuestos la carga de la prueba recae sobre ambas partes, en especial sobre aquella que se encuentre en mejores condiciones para producirla.» (GARCÍA GRANDE, Maximiliano, "Inaplicabilidad de las cargas probatorias dinámicas", La Ley, 2005-C, 1082).

En ese sentido tenemos, que existen requisitos que deben ser tenidos en cuenta, el primer elemento, consiste en que la inversión de la carga de la prueba debe ser realizada por el juez, el segundo elemento es que la reversión probatoria debe ser efectuada una vez que ya se ha iniciado el proceso, particularmente al momento de sentenciar. La existencia de reglas legales establecidas en forma previa al inicio del proceso, sean estas normas legales o, incluso de jurisprudencia de los tribunales de apelaciones—la que actúa como fuente del derecho— en los países del Civil Law, o lo que es más habitual, en los países del Common Law a través de la existencia de precedentes, es la única forma de garantizar a las partes que conozcan cuáles son las obligaciones que deben cumplir al actuar y desarrollar el tráfico jurídico y comercial que, eventualmente puede generar responsabilidad contractual o extracontractual. Sólo el conocimiento previo de las obligaciones a que están sujetas al participar en los actos que generan dicho tráfico, otorga seguridad jurídica y, en consecuencia, garantiza la existencia posterior del debido proceso, cuando se deba resolver la controversia jurídica que pueda originarse como consecuencia del tráfico jurídico mencionado.

Si se considera que un juez puede ser más o menos proclive a acoger una demanda o a utilizar la carga probatoria dinámica, «se agudizará la incertidumbre, lo que es contrario a la idea que inspira la normativa procesal en orden a generar seguridad, certeza y previsibilidad. (ii) Se aplica una vez que las partes han planteado sus acciones y excepciones, habiéndose trabado la litis y ofrecido toda la prueba; (iii) implica que el juez adopte necesariamente una decisión respecto del conflicto, previo al estudio que

precede a la sentencia, afectando su imparcialidad, y (iv) soslaya las presunciones de responsabilidad del Código Civil. Por tal motivo, debería eliminarse del proyecto, al ser suficientes las mencionadas presunciones que, en último caso, podrían establecerse en general, para todos los casos similares, en una ley» (GURRIERI, Fernando, "Cargas probatorias dinámicas", Rev. del Colegio de Abogados de Rosario, Rosario, 1999, pp. 113-126)

De manera general, es un debate en torno: i) a los aspectos ideológicos del proceso civil, ii) a sus sistemas de enjuiciamiento –inquisitivo o dispositivo (inquisitorial system y adversarial system)–, iii) al rol del juez y a la actitud de las partes en la relación procesal, iv) a la dimensión constitucional de la jurisdicción, v) al contenido y significado del debido proceso legal, vi) a la garantía constitucional de la amplia defensa y el contradictorio; entre otros. (GARCÍA GRANDE, Maximiliano, "Inaplicabilidad de las cargas probatorias dinámicas", La Ley, 2005-C, 1082)

Actualmente, el debate activismo versus garantismo divide a la doctrina procesal civilista americana hispanoparlante y genera disputas y/o polémicas doctrinarias –a veces incluso con "disparos cruzados"– que llegan inclusive a confinar a los procesalistas tras verdaderas «trincheras ideológicas». Aquellos que con cierta regularidad frecuentan congresos internacionales de derecho procesal en el resto de países latinoamericanos, pueden certificar in loco la intensidad del debate que, repito, no es tratado con el mismo vigor –me parece que ni siquiera es tratado– en el universo del proceso civil paraguayo.

Para una primera –y genérica– comprensión de aquello que es defendido por ambas corrientes, es posible adelantar que el activismo judicial defiende una postura más contundente de la actividad judicial para resolver problemas que, en ocasiones, no cuentan con una adecuada solución legislativa. Es decir; se otorga al juez un poder creativo que en un último análisis valora el compromiso constitucional de la jurisdicción, y ello a pesar de que no haya previsión legal que lo autorice en la respectiva actuación. Por su parte, el garantismo procesal defiende una mayor valorización de la categoría fundamental proceso, y consecuentemente de la cláusula constitucional del due process, de modo que valora la amplia defensa, el contradictorio y la imparcialidad del juez, como los pilares de la legitimación de la decisión jurisdiccional a ser decretada. Para el activismo, el juez debe actuar de manera que resuelva problemas en el curso del proceso, y ello de manera independiente de la diligencia de la parte en postular las respectivas soluciones, haya o no autorización legislativa para la actuación del juez. Para el garantismo, el proceso es un método en el cual el resultado dependerá del debate efectivo entre las partes y de su diligencia en manejar de mejor manera la respectiva actividad. Los garantistas buscan aplicar las bases dogmáticas del garantismo de Luigi Ferrajoli –originariamente dirigido a las ciencias penales (derecho material y proceso)– al derecho procesal civil.

6. La prueba y la sentencia

El tema del título tiene una denotación bastante amplia; que comprende, fundamentalmente, a dos grandes ejes conceptuales: la valoración de la prueba y la carga de la prueba. Y dentro de ellos, entre ellos y junto a ellos, una serie de cuestiones fundamentales: *la diferencia entre la actividad de valorar y el resultado de esa actividad*; los sistemas de valoración; la adecuada motivación de la sentencia; las relaciones, teóricamente claras y pragmáticamente oscuras, entre valoración y carga de la prueba;

el funcionamiento y ubicación conceptual de las presunciones; el concepto y la importancia de la carga de la prueba y su papel en el proceso jurisdiccional; la distribución de la carga probatoria; el debate sobre la carga probatoria dinámica; etc., etc. En el marco de ese amplio espectro espero lograr volver sobre el hilo conductor de esa relevante actividad del Juzgador que supone la determinación o fijación de los hechos en la sentencia. Para, finalmente, volver sobre uno de mis temas preferidos: el de la carga de la prueba.

Considero que ya es hora de que los operadores del proceso, tanto jueces, como abogados, y principalmente los respectivos profesores, tomen conciencia de que conceptos como «justo» o «justicia» no integran el Derecho o el proceso jurisdiccional, que le da concreción en la vida de las personas. A pesar de que el discurso procesal fundamentado en argumentos metajurídicos sea seductor (“justicia”, “verdad real”, “paz social”, “proceso justo”, etc.) este acaba por legitimar la arbitrariedad y el subjetivismo de la persona física que detenta el poder judicial, que acaba por justificar su toma de decisión en base al propio sentimiento subjetivo en relación a lo «justo». “Justicia”, o lo que es “justo”, se identifica con el subjetivismo que es propio de cada persona. Por lo tanto, con sus idiosincrasias. Lo que puede ser justo para usted, necesariamente no lo será para mí. Y de esta forma la vida continúa. Es por ello que por un imperativo de orden lógico, el Derecho y/o el proceso jurisdiccional que le da vida no operan con el valor “justicia”, ello sólo ocurre en nuestras especulaciones metajurídicas. Toda vez que ocurre ello, siempre se produce la ruptura de las garantías constitucionales negativas que impiden que el Poder sea manejado arbitrariamente y, por lo tanto, fuera de los marcos democráticos y republicanos establecidos por el orden constitucional.

El activismo judicial se estableció en la base de la retórica discursiva de la dogmática procesal y de la jurisprudencia influenciada por ella. Decantada en verso y prosa en el procesalismo iberoamericano en general, la pragmática del activismo fomenta posturas judiciales antidemocráticas y antirepublicanas, tanto en el arte del proceder, como en el arte del decidir. En esta ponencia no realizamos ninguna crítica al procesalista y/o al juez de inclinación activista. ¡Debemos aclarar este punto! Realizamos una crítica contundente a toda acometida de aquellos que suponen que el ambiente del proceso jurisdiccional es un territorio feudal cuyas reglas puedan ser arbitrariamente creadas por el respectivo señor, juez y/o tribunal.

El proceso civil de enfoque garantista se contrapone al activismo judicial exactamente para que las garantías consagradas en nuestras Constituciones sean, efectivamente, observadas por los detentores del poder judicial. Suena hasta intuitivo que el Derecho tenga dos atributos que le son fundamentales: i) vincular subjetivamente las relaciones que regula y ii) generar seguridad jurídica a partir de su existencia. Y esto ocurre a lo largo del sentimiento de cada uno de nosotros sobre lo que viene a ser «justicia». Estos deben emitir sus decisiones en base a las reglas preexistentes, en especial las de nivel constitucional, y no en base al propio arbitrio y subjetivismo que termina por romper los valores democráticos y republicanos que elegimos vivir y que, peligrosamente, fomenta aquel activismo judicial que observamos en el día a día de la Judicatura.

Sin embargo, si para toda regla existe excepción, aquí doy mi testimonio de que tampoco son pocos –por fortuna– los jueces conscientes de sus limitaciones

constitucionales y por ello saben que su papel ante la sociedad es en el sentido de juzgar y no «crear» soluciones en base al propio arbitrio.

Esta tesis no supone verdad. Es tan solo mi punto de vista. Sea bienvenido el debate.

BIBLIOHEMEROGRAFÍA

ABAL OLIÚ, Alejandro, "Cuándo debe tenerse por existente un hecho que integra el objeto de la prueba. Valoración de la prueba, presunciones simples y reglas sobre carga de la prueba", en XV Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, FCU, Mdeo., 2011, pp. 19-40.

—. Derecho Procesal, t. IV, 1ª ed., FCU, Mdeo., 2014.

ACOSTA, Aníbal Gerardo, "Jaque a la teoría de las cargas probatorias dinámicas", en el IX Congreso de Derecho Procesal Garantista, Azul, Bs. As., 2007, en <http://www.academiadederecho.org/index.cgi> (consultada 9-9-2014).

ALSINA, Hugo, Tratado teórico-práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, t. III, 2ª ed., EDIAR, Bs. As., 1958, pp. 253-262.

ALVARADO VELLOSO, Adolfo, El debido proceso de la garantía constitucional, Ed. Zeus SRL, Rosario, 2003, pp. 184-203.

—. La prueba judicial (Reflexiones críticas sobre la confirmación procesal), Tirant lo blanch, Barcelona, 2006, pp. 39-52.

ÁLVAREZ, Federico, BALUGA, Cecilia, GONZÁLEZ, Mónica, MARQUISA, Patricia, MORALES, Doris, MUÑOZ, Gervasio, PESCADERE, Diego, SAPELLI, Rosario, WEISZ, Fabiana, (Coordinadora Selva KLETT), "La aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas en los procesos de alimentos de menores", en las IXas Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, Ed. Universidad, Mdeo., 1997, pp. 235-243.

AMAYA, N. Enrique, Carga de la prueba, Ed. La Docta, Córdoba, 1972.

AUGENTI, Giacomo Primo, L'onere della prova, Società Editrice Del Foro Italiano, Roma, 1932.

BARRIOS DE ÁNGELIS, Dante, Apuntes de Derecho Procesal. 1er. Curso, t. II, 7ª reed., C.E.D., Mdeo., 1971, pp. 234-239.

—. Teoría del proceso, Depalma, Bs. As., 1979, pp. 236-239.

—. El proceso civil, t. I, Idea, Mdeo., 1989, pp. 206-211.

—. "Sustitución de la llamada carga dinámica por la interpretación legal", en las IXas Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, Ed. Universidad, Mdeo., 1997, pp. 253-261.

—. "Los subsistemas de la prueba y de la oralidad", RUDP, 2/1997, pp. 187-192.

—. "Teitelbaum y la prueba", en las X Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, Ed. Surcos, Mdeo., 1999, pp. 335-343.

—. "Las situaciones jurídicas y la prueba", RUDP, 4/2001, pp. 403-408.

BENABENTOS, Omar, "Visión crítica de las cargas probatorias dinámicas", ponencia al XVIII Congreso Panamericano de Derecho Procesal, Arequipa, Perú, 2005.

BERMEJO, Patricia, "Nueva concepción sobre la carga de la prueba", RUDP, 4/1993, pp. 499-501.

BRISÑO SIERRA, Humberto, Derecho Procesal, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1970, pp. 359-376.

CALAMANDREI, Piero, "Verdad y verosimilitud en el proceso civil", en Instituciones de Derecho Procesal Civil, vol. III, trad. de Santiago SENTÍS MELENDO, Librería El Foro S.A., Bs. As., 1996, pp. 317-353.

CARNELUTTI, Francesco, La Prueba Civil, 2da. ed., apéndice de Giacomo P. AUGENTI, trad. Niceto Alcalá ZAMORA Y CASTILLO, Depalma, Bs. As., 1982.

—. Sistema de Derecho Procesal Civil, t. II, trad. de Niceto ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO y Santiago SENTÍS MELENDO, UTEHA, Bs. As., 1944, pp. 94-100.

—. "Pruebas civiles y pruebas penales", en Estudios de Derecho Procesal, vol. II, trad. de Santiago SENTÍS MELENDO, EJE, Bs. As., 1952, pp. 106-110.

—. Instituciones del proceso civil, vol. I, trad. de Santiago SENTÍS MELENDO, EJE, Bs. As., 1959, pp. 344-348.

CASTELLO, Alejandro, "Carga y valoración de la prueba en el proceso laboral. Algunas reflexiones sobre su evolución en la jurisprudencia", en las IXas Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, FCU, Minas, 1997, Biblioteca de Derecho Laboral, nº 14, pp. 28-37.

CASCO PAGANO, Hernan. Código Procesal Civil. Tomo I y II. Editorial La Ley Paraguaya. 9º Edición. 2016.

CHIOVENDA, Giuseppe, Principii di Diritto Processuale Civile, 3ª ed., Casa Tipografico-Editrice N. Jovene E. C., Napoli, 1923, pp. 782-798.

COUTURE, Eduardo, "Sobre el precepto 'nemo tenetur edere contra se'", Rev. de Derecho Procesal (argentina), Ediar, Bs. As., 1943, pp. 53-71 y en "Estudios de Derecho Procesal Civil", t. II, 2da. ed., Depalma, 1978, pp. 127-152.

—. "El deber de las partes de decir verdad", en Estudios de Derecho Procesal Civil, t. III, 2da. ed., Depalma, 1978, pp. 233-258.

—. Fundamentos del derecho procesal civil, 3ra. ed., Depalma, Bs. As., 1988, pp. 240-248.

DE LA PLAZA, Manuel, Derecho Procesal Civil Español, t. I, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1942, pp. 429-438.

DE LOS SANTOS, Mabel Alicia, "Algo más acerca de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas: inconveniencia de consagrar legislativamente inversiones probatorias, presumiendo apriorísticamente quien se encuentra en mejores condiciones de probar", RUDP, 1/1993, pp. 29-33.

DE MIDÓN, Gladys, "A propósito del 'onus probandi': la parte en mejores condiciones de suministrar la prueba, bajo la lupa del proceso justo", RUDP, 1/1993, pp. 35-39.

DENTI, Vittorio, Estudios sobre derecho probatorio, Valetta Ed., Colección "Clásicos del Derecho", N° 62, EJE, Bs. As., 1974.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando, Teoría General de la Prueba Judicial, t. I, Zavalía Ed., Bs. As., 1988, pp. 421-494.

—. Compendio de la prueba judicial, t. I, 1ª ed., anotado y concordado por Adolfo ALVARADO VELLOSO, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, Argentina, 2000, pp. 193-217.

FAZZALARI, Elio, Istituzioni di Diritto Processuale, 6ª ed., CEDAM, Padova, 1992, pp. 129 y 376-382.

GARCÍA GRANDE, Maximiliano, "Inaplicabilidad de las cargas probatorias dinámicas", La Ley, 2005-C, 1082.

GELSI BIDART, Adolfo, "Proceso laboral y carga de la prueba", RUDP, 2/1975, pp. 33-42.

—. "Carga de la prueba: ubicación procesal", RUDP, 1/1998, pp. 7-20.

GOLDSCHMIDT, James, Derecho Procesal Civil, Ed. Labor SA, Barcelona, 1936, pp. 253-292.

GUASP, Jaime, Derecho Procesal Civil, t. I, 3ra. ed. corregida, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, pp. 325-328.

GUERRA PÉREZ, Walter, "Anotaciones sobre una sentencia que admite la teoría de las cargas probatorias dinámicas", RUDP, 2/1996, pp. 295-304.

—. "Algunas reflexiones sobre cargas de la prueba dinámica", *Anales del Foro*, pp. 173-181.

GURRIERI, Fernando, "Cargas probatorias dinámicas", *Rev. del Colegio de Abogados de Rosario, Rosario*, 1999, pp. 113-126.

I.U.D.P., "Conclusiones aprobadas en las X Jornadas Nacionales de Derecho Procesal", *RUDP*, 1/1999, pp. 163-167.

KLETT, Selva y PEREIRA CAMPOS, Santiago, "Valor de la conducta procesal de las partes desde la perspectiva probatoria en el Código General del Proceso", *RUDP*, 1/1997, pp. 49-95.

KLETT, Selva, BALUGA, Cecilia, ÁLVAREZ, Federico y CASTILLO, Juan, "Principios de la prueba en el sistema procesal", *RUDP*, 1/2000, pp. 71-107.

LANDONI, Ángel, "Principio de razonabilidad, sana crítica y valoración de la prueba", *RUDP*, 1/1997, pp. 97-113.

LANDONI, Ángel, GARDERES, Santiago, GOMES, Fernando, GONZÁLEZ, María Eugenia y VALENTIN, Gabriel, *Código General del Proceso*, vol. 2 A, B de f, Mdeo., 2003, pp. 364-381.

LUISO, Francesco P., *Diritto Processuale Civile*, t. I, 7ª ed., Giuffrè Editore, Milano, 2013, pp. 256-262.

MANDRIOLI, Crisanto, *Diritto Processuale Civile*, t. II, 21ª ed., G. Giappichelli Ed., Torino, 2011, pp. 193-202.

MARABOTTO, Jorge, "Prueba - Generalidades. Declaración de parte - Prueba testimonial", en *Curso sobre el C.G.P.*, t. I., 1ª ed., reimp., FCU, Mdeo., 1991, pp. 129-159.

MICHELLI, Gian Antonio, *La carga de la prueba*, trad. de Santiago SENTÍS MELENDO, EJE, Bs. As., 1961.

—. *Curso de Derecho Procesal Civil*, vol. II, trad. de Santiago SENTÍS MELENDO, EJE, Bs. As., 1970, pp. 96-101.

MONTERO AROCA, Juan, GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, MONTÓN REDONDO, Alberto y BARONA VILAR, Silvia, *Derecho jurisdiccional*, t. II, 16ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 262-267.

MORELLO, Augusto M., *La prueba. Tendencias modernas*, Librería Ed. Platense, Bs. As.-La Plata, 1991.

MORETTI, Raúl, "Apuntes sobre la tutela convencional y especialmente sobre el pacto de inversión de la carga de la prueba", RDJA, t. 36, 1938, pp. 80-89.

MORTARA, Lodovico, Commentario del Codice e delle Leggi di Procedura Civile, vol. III, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, Milano, pp. 539-559.

PALACIO, Lino, Manual de derecho procesal civil, 18ª ed. actualizada, reimp., Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 2004, pp. 398-402.

—. Derecho Procesal Civil, t. IV, 4ª ed. actualizada por Carlos Enrique CAMPS, Abeledo-Perrot, Bs. As., 2011, pp. 286-297.

PARRA QUIJANO, Jairo, Manual de Derecho Probatorio, 1ª ed., Ed. Librería del Profesional, Bogotá, 1986.

PEREIRA CAMPOS, Santiago, "El deber de colaboración en la práctica de medidas probatorias", RUDP, 4/2000, pp. 511-523.

—. "Los sistemas de valoración de la prueba", RUDP, 1/2003, pp. 79-98.

PEYRANO, Jorge W., "La doctrina de las cargas probatorias dinámicas puesta a prueba", RUDP, 2/1992, pp. 239-241.

PICÓ I JUNOY, Joan, El derecho a la prueba en el proceso civil, Bosch Editor SA., Barcelona, 1996.

PRIETO CASTRO, Leonardo, Exposición del Derecho Procesal Civil de España, t. I, 2ª reimp., Librería General, Zaragoza, 1944, pp. 301-306.

PRÜTTING, Hans, "Carga de la prueba y estándar probatorio: la influencia de Leo Rosenberg y Karl Hainz Schwab para el desarrollo del moderno derecho probatorio", Revista Ius et Praxis, Año 16, N° 1, 2010, pp. 453-464.

QUEVEDO MENDOZA, Efraín I., "El derecho a la prueba como garantía constitucional", en el IX Congreso Nacional de Derecho Procesal Garantista, Azul, Buenos Aires, 2007, www.e-derecho.org.ar/congresoprocesal.

—. "Carga de la prueba", en La fe del hombre en sí mismo o la lucha por la libertad a través del proceso. El Mundo Procesal rinde Homenaje al Maestro Adolfo ALVARADO VELLOSO, dirigido por Guido AGUILA GRADOS y Ana CALDERÓN SOMARRIVA, Ed. San Marcos, Lima, 2008, pp. 157-171.

REYES OEHNINGER, Alberto, "La flexibilización de la carga de la prueba (art. 139 CGP) es ley", RUDP, 3/2007, pp. 591-606.

RICCA BARBERIS, Mario, "La carga de la prueba", RDJA, t. 36, 1938, pp. 99-103.

ROCCO, Ugo, *Corso di teoria e pratica del processo civile*, vol. I, Libreria Scientifica Editrice, Napoli, 1951, pp. 451-453.

ROSENBERG, Leo, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, t. II, trad. de Ángela ROMERA VERA de la 5ª ed. alemana, EJEA, Bs. As., 1955, pp. 221-229.

—. *La carga de la prueba*, trad. de Ernesto KROTOSCHIN de la 3ª ed. alemana, EJEA, Bs. As., 1956.

ROSSI, Rosina, "Disponibilidad del medio probatorio en el Código General del Proceso", en las IXas Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, FCU, Minas, 1997, Biblioteca de Derecho Laboral, nº 14, pp. 11-28 y 48-49.

SENTÍS MELENDO, Santiago, *Estudios de Derecho Procesal*, t. I, EJEA, Bs. As., 1967, pp. 173, 205, 445-453, 592-594, 612-613 y 617.

SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *Estudios de Derecho Procesal*, Ed. Ariel, Barcelona, 1969, pp. 364-365.

STIPANICIC, Emma y VALENTIN, Gabriel, "La carga de la prueba en el proceso laboral", en *Estudios de Derecho Procesal en Homenaje a Adolfo Gelsi Bidart*, FCU, Mdeo., 1999, pp. 477-504.

—. *Proceso laboral*, 2da. ed., Del Foro S.R.L., Mdeo., 2000, esp. pp. 123-156.

TARIGO, Enrique, *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, t. II, 2ª ed., Mdeo., 1998, pp. 18-19.

TARUFFO, Michele, "Note per una riforma del diritto delle prove", en *Rivista de Diritto Processuale*, 2ª serie, anno XLI, Nº 2-3, aprile-settembre, 1986.

—. *La prueba*, 1ª ed., trad. por Laura MANRÍQUEZ y Jordi FERRE BELTRÁN, Marcial Pons, Madrid, 2008.

—. *La prueba de los hechos*, 3ª ed., trad. por Jordi FERRER BELTRÁN, Ed. Trotta SA, Madrid, 2009.

TERRASA, Eduardo, "Cargas probatorias dinámicas", en *Activismo y garantismo procesal*, obra colectiva, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2009, pp. 95-110.

VALENTIN, Gabriel, "Análisis crítico de la llamada teoría de las cargas probatorias dinámicas", en *La fe del hombre en sí mismo o la lucha por la libertad a través del proceso. El Mundo Procesal rinde Homenaje al Maestro Adolfo ALVARADO VELLOSO*,

dirigido por Guido AGUILA GRADOS y Ana CALDERÓN SOMARRIVA, Ed. San Marcos, Lima, 2008, pp. 723-742.

—. "Análisis crítico de la llamada teoría de las cargas probatorias dinámicas", RUDP, 3-4/2008, pp. 351-366.

—. "El principio de la libertad de la prueba y la carga de la prueba", Revista del Derecho del Trabajo, año II, Nº 3, La Ley Uruguay, Mdeo., abril / junio 2014, pp. 173-201.

VAN ROMPAEY, Leslie, "La teoría de las cargas probatorias dinámicas en el Derecho Procesal uruguayo", LJU, t. 111, 1995, Sec. Doctrina, pp. 447-453.

VARGAS, Abraham Luis, "Cargas probatorias dinámicas. Sus perfiles actuales y algunas respuestas para sus críticos", en Activismo y garantismo procesal, obra colectiva, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2009, pp. 79-94.

VERDE, Giovanni, L'onere della prova nel processo civile, Scuola di perfezionamento in diritto civile dell'Università di Camerino, Napoli, 1974.

—. Diritto processuale civile, t. 1, 3ª ed., Zanichelli Ed., Bologna, 2012, pp. 112-115.

VÉSCOVI, Enrique, "La carga de la prueba", en las IXas Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, Ed. Universidad, Mdeo., 1997, pp. 263-274.

—. "El estado del proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil española", RUDP, 3/1999, pág. 423.

VÉSCOVI, Enrique et. al, Código General del Proceso", Ed. Ábaco, Bs. As., 1998, t. 4, pp. 23-325.

VIERA, Luis A., "La prueba", en el Curso de Derecho Procesal, t. II, FCU, 1987, obra colectiva del I.U.D.P., pp. 89-96.

VV.AA., "Conclusiones del XVII Congreso Nacional Argentino de Derecho Procesal", Termas de Río Hondo, Santiago del Estero, 1993, RUDP, 1/1993, esp. pág. 234.

VV.AA., Cargas probatorias dinámicas, bajo la dirección de Jorge W. Peyrano, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, Argentina, 2004.