

Presupuesto del proceso denominado imparcialidad: ¿requisito solamente jurídico o también psicológico?¹

Hugo Botto Oakley²

EXPLICACIÓN PREVIA

El presente trabajo, escrito hace ya algunos años, requiere de dos aclaraciones tendientes a evitar equivocaciones, respecto del planteamiento que se formula: Está referido o limitado al proceso civil y no a los de otra naturaleza jurídica y, por otra parte, no se entiende que sea prueba de oficio, aquella que puede decretarse como complemento **aclaratorio** de la ya solicitada o rendida por las partes, en el proceso³.

INTRODUCCIÓN

Para una aproximación al tema que nos interesa desarrollar, podemos preguntarnos inicialmente, si un Juez que decreta prueba de oficio puede perder la exigencia de la imparcialidad que el Debido Proceso exige, ofrece y garantiza.

Y, en seguida, si para respondernos ello, solamente debemos realizar un análisis jurídico o también es necesario hacerlo desde otra Ciencia, que quienes nos dedicamos a la Jurídica generalmente hemos omitido considerar: la Psicología.

Cualquiera coincidirá con la afirmación de que mientras más integral sea un Estudio, mayores son las posibilidades de obtener conclusiones válidas y, por esa razón, la propuesta que hago es que analicemos en tema de la Imparcialidad dentro del proceso -a lo que denomino simplemente, Imparcialidad Procesal, para distinguirla de aquellas imparcialidades (o parcialidades) que existan en otras áreas del quehacer del ser humano, incluidas otras áreas del derecho, distintas a la procesal- ya no solamente desde una perspectiva jurídica sino también desde la psicología.

2. PERSPECTIVA JURÍDICA

En aquellos países en que estén vigentes y sean aplicables como Ley nacional tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como la Convención Americana sobre Derechos Humanos llamado "Pacto de San José de Costa Rica", es

¹ Publicado en: *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*, Editora Jus Podivm, Salvador-Bahía, Brasil, 2013; *Processo Civil*, Conceito Editorial, Florianópolis, Brasil, 2014; *Proceso Democrático y Garantismo Procesal*, Dom Helder Escola de Direito, Arraes Editores, Editorial Astrea, Belo Horizonte, Brasil, 2015.

² Abogado. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso-Chile; Posdoctorado, Universidad de Bolonia-Italia; Doctor en Derecho y Magister en Derecho Procesal, Universidad Nacional de Rosario-Argentina; LL.M., California Western School of Law EEUU; Ex Presidente del Instituto Panamericano de Derecho Procesal.

³ Por ejemplo: Una escritura pública citada invocada en la litis por una de las partes o la explicación de una parte de un peritaje que no se entiende.

indispensable considerar las siguientes disposiciones de tales cuerpos normativos obligatorios:

El artículo 14 1.- del primero establece: "Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones carácter civil".

Y, el artículo 8°.1 del segundo, sobre Garantías Judiciales, dispone: "Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

¿Qué pasa con la llamada prueba de oficio desde un punto de vista real o práctico?

Su origen está en las llamadas Medidas Para Mejor Resolver, una vez citadas las partes para oír sentencia (la diferencia con la prueba de oficio está en que ésta se puede decretar en otros estados procesales, pero en esencia son lo mismo) y aquéllas, pueden afectar la Imparcialidad del Juez.

En efecto:

1. Si los fundamentos fácticos de la acción se encuentran debidamente probados, el Juez debe dar lugar a la demanda y, si no lo están, debe rechazarla. Aquí, la imparcialidad del Juez no se ve afectada.
2. En cambio, si decreta medidas para mejor resolver, puede ocurrir que:
 - a. No se cumpla dentro del plazo legal, en cuyo caso el resultado del juicio no se alterará: al decretarla no podía dar lugar a la demanda o debía rechazar la demanda, según quien haya tenido de su cargo el deber del llamado "onus probandi" que no cumplió y, ahora, una vez decretada, no se rindió, por lo que el resultado del juicio será el mismo al que debía ser antes de decretarla. Aquí, tampoco la imparcialidad del Juez se ve afectada.
 - b. El resultado es inocuo, como ocurre si la testimonial, peritaje o instrumental, etc. decretadas, nada aportaron probatoriamente, al tenor de lo que pretendía el Juez se probara con ellas. En este caso, el resultado del juicio será también el mismo. Aquí, nuevamente tampoco la imparcialidad del Juez se ve afectada.
 - c. El resultado es más favorable aún a la parte que cumplió con su carga probatoria dentro del juicio (circunstancia que haría absurdo decretar prueba de oficio), en cuyo caso, obviamente, el resultado del juicio no se alterará. Aquí, nuevamente tampoco la imparcialidad del Juez se ve afectada.
 - d. El resultado favorece a la parte que tenía de su cargo el deber de la "Carga de la Prueba" y no probó, en cuyo caso, con esta prueba de oficio, se completa la prueba como consecuencia de la iniciativa y actividad probatoria del Juez que, necesariamente, favorecerá a quien tenía el deber de probar y no probó y perjudicará, consecuentemente, a la otra parte. En este caso, es evidente que esa actividad probatoria de oficio del Juez favorece a una parte y perjudica a la otra, lo que afecta su Imparcialidad y el trato igualitario que se debe dar a las partes, por mandato constitucional.

¿Qué razones se dan para intentar justificar otorgar facultades de prueba de oficio a los jueces?

Son varias, como que (i) hay que confiar en los jueces, como si pensar en que no deben tener esas facultades significara no confiar en ellos, cuando es precisamente lo contrario, ya que es tan delicada y trascendente la función del Juez que, de lo que se trata, es que desempeñe su rol dentro del proceso de manera equidistante e igualitaria respecto de ambas partes, sin tener que esperar que deban o puedan subsidiar la labor deficiente de la parte y su asesoría letrada que no ha preparado adecuadamente su posición y defensa para y dentro del proceso; (ii) el Juez debe buscar la Verdad y por tanto no debe estar limitado por la prueba que las partes le proporcionen, como si el resultado de los juicios no se radicara en las partes del juicio, en especial en el patrimonio de ellas, en materia civil y como si correspondiese que esa búsqueda de la verdad, estuviese a cargo de quien debe fallar el pleito, lo que es propiamente del Sistema Inquisitivo; (iii) el Juez no conoce el resultado de la diligencia probatoria al momento que la decreta, lo que si bien es cierto (nadie podría sostener lo contrario) sí sabe a cuál de las partes potencialmente va a favorecer con ella, con lo cual, automáticamente sabe a quién podría perjudicar; (iv) en muchos países se han concedido facultades probatorias a los jueces en materia civil, olvidando que en su mayoría se ha tratado de modificaciones legales parciales y no sistémicas de todo un ordenamiento de enjuiciamiento, donde bien vale la pena analizar cómo se restringieron estas facultades probatorias en España - Ley 1 del año 2000- cuna otrora de las medidas para mejor resolver.

Luego de eliminar las indicadas medidas, se incorpora al texto español la siguiente disposición:

"Artículo 435. Diligencias finales. Procedencia.

1. Sólo a instancia de parte podrá el tribunal acordar, mediante auto, como diligencias finales, la práctica de actuaciones de prueba, conforme a las siguientes reglas:

1º No se practicarán como diligencias finales las pruebas que hubieran podido proponerse en tiempo y forma por las partes, incluidas las que hubieran podido proponerse tras la manifestación del tribunal a que se refiere el apartado 1 del artículo 429.

2º Cuando, por causas ajenas a la parte que la hubiese propuesto, no se hubiese practicado alguna de las pruebas admitidas.

3º También se admitirán y practicarán las pruebas pertinentes y útiles, que se refieran a hechos nuevos o de nueva noticia, previstos en el artículo 286.

2. Excepcionalmente, el tribunal podrá acordar, de oficio o a instancia de parte, que se practiquen de nuevo pruebas sobre hechos relevantes, oportunamente alegados, si los actos de prueba anteriores no hubieran resultado conducentes a causa de circunstancias ya desaparecidas e independientes de la voluntad y diligencia de las partes, siempre que existan motivos fundados para creer que las nuevas actuaciones permitirán adquirir certeza sobre aquellos hechos.

En este caso, en el auto en que se acuerde la práctica de las diligencias habrán de expresarse detalladamente aquellas circunstancias y motivos.

Hasta el estudio más desprevenido que se realice, podrá concluir que con las restricciones del numeral 1 de esta disposición legal, la posibilidad de decretar prueba propiamente de oficio es prácticamente nula y, en cuanto al numeral 2, el lector podrá ayudarme a tratar de encontrar un ejemplo en que las "pruebas anteriores no hubieran resultado conducentes a causa de circunstancias ya desaparecidas e independientes de la voluntad y diligencia de las partes"...podrá ser, quizás, ¿la prueba testimonial de quien era hábil para declarar, pero al momento de declarar está demente y luego recupera su capacidad mental?

Sin embargo, las razones indicadas y dadas por quienes son partidarios de la prueba de oficio, aún en el evento que se estuviese de acuerdo con ellas, que no es mi caso, eluden el problema de fondo y que alcanza al nivel constitucional que ya hemos

señalado: Con la prueba de oficio se puede afectar la Imparcialidad del Juez, que la Constitución le ofrece y garantiza a las partes del juicio y el tema no es baladí, ya que la consecuencia es que cada vez que se hace uso de prueba de oficio y con ello se completa prueba que debió aportar una de las partes, se está incurriendo en una clara inconstitucionalidad, al no respetarse el trato igualitario que el Juez debe a las partes ni tampoco el cumplimiento irrestricto a su deber de imparcialidad.

Y, de paso, se está abriendo campo fértil para poder recurrir ante la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos, por incumplimiento del deber y garantía de igualdad ante la ley e imparcialidad del sentenciador. Piénsese en la situación que se produciría, si la prueba que decreta el Juez es la que resulta esencial para resolver el conflicto.

De hecho, la CIDH, ha elevado a la categoría de presupuesto y no solamente de elemento del Debido Proceso, a la exigencia contenida en el artículo 8.1 de la Convención, dentro de la cual está la del Juez Imparcial (ver El Debido Proceso en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos humanos, Sergio García Ramírez, Ex Juez y Ex Presidente de la indicada Corte, en "Derecho Procesal Contemporáneo" tomo I página 19, primer párrafo del punto 5., Editorial Jurídica de Chile, Agosto de 2010).

Una de las verdaderas razones de estas facultades probatorias de oficio, en mi opinión, está en el loable objetivo de hacer justicia a una de las partes que no probó o que con la prueba que ofreció podría no estar probando su pretensión y que el Juez considera que tiene o puede tener la razón. Sin embargo, ello olvida el mismo derecho que tiene la otra parte del juicio de ser juzgado por un Juez imparcial que actúe sin prejuzgamiento (sin juicio previo) y cómo poder cumplir ello, si decretar el Juez una prueba, es precisamente el inicio de un pre-juzgamiento.

Lo que realmente pasa, es que, con estas diligencias probatorias de oficio, lo que realmente se está buscando o, al menos, permitiendo, es subsidiar el deber de las Partes y sus abogados, específicamente de la que debe probar y respecto de la cual, el Juez estima puede tener la razón, olvidando el derecho de la otra parte, ya dicho. En otras palabras, hay que decirlo con claridad: el Juez no tiene necesidad de decretar prueba de oficio si las partes y sus abogados hacen bien su trabajo probatorio y, por ende, podrá sentir o tener esa necesidad de decretar prueba de oficio, cuando una o las dos partes han hecho mal su trabajo de aporte probatorio y ello, se llama subsidiar el deber de las partes procesales, lo que puede ser loable, pero no pasa el test de constitucionalidad, que obliga a tratar a las partes con imparcialidad e igualdad. Cada vez que el Juez realiza una actividad probatoria de oficio que favorece a una de las partes, automáticamente se está perjudicando a la otra.

Finalmente, hay una importante razón de orden lógico y de coherencia que debe tenerse en consideración y que es que, en el Sistema de Enjuiciamiento Penal propiamente Acusatorio, la ley no le permite al Juez producir prueba de oficio ni de ninguna otra forma (eventual sugerencia de prueba a las partes). En consecuencia, si en el sistema de enjuiciamiento donde se discuten y están en juego los valores más caros de nuestra sociedad, como son la vida, la libertad y la honra de las personas, no se le permite al Juez probar de oficio, la lógica y la coherencia indican de manera simple, que ello también debería ser así, con mayor razón, en el Sistema de Enjuiciamiento Civil, que es aquél donde están en juego casi solamente valores patrimoniales.

Salvo, claro está, que se sustente que el Valor Patrimonio es más relevante o importante que el Valor Vida o el Valor Libertad o el Valor Honra. Dificulto que en esta etapa de nuestra historia alguien, en su sano juicio, lo pueda sustentar.

Piénsese por un momento, en cómo el Juez que decreta una prueba de oficio podría controlar la pertinencia y legalidad de la misma o excluirla o, en qué pie quedan las partes, en especial la perjudicada, para objetar esa prueba y pedir su exclusión. La llamada "contraprueba" puede ser una mera quimera, ya que muchas veces, sino las

más, hay prueba que no tiene contraprueba y, además, no resulta lógico ni coherente que las partes tengan derecho a producir prueba en contra de la que produce el Juez, ya que éste no es su contraparte, sino que es "su" Juez.

Sobre la imparcialidad del Juez, la CIDH ha resuelto que "la imparcialidad exige que el juez que interviene en una contienda particular se aproxime a los hechos de la causa careciendo, de manera subjetiva, de todo prejuicio y, asimismo, ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad." (Sergio García Ramírez, misma obra, página 21).

Ello está señalado a texto expreso en las siguientes sentencias:

- Caso Apitz Barbera y otros, párr. 56;
- Caso Barreto Leiva, párr. 98 (17/11/2009), y
- Caso Usón Ramírez, párr. 117 (20/11/2009) y, además, en esta última sentencia que:
- "La imparcialidad del tribunal implica que sus integrantes no tengan un interés directo, una posición tomada, una preferencia por alguna de las partes y que no se encuentren involucrados en la controversia. La imparcialidad personal o subjetiva se presume a menos que exista prueba en contrario. Por su parte, la denominada prueba objetiva consiste en determinar si el juez cuestionado brindó elementos convincentes que permitan eliminar temores legítimos o fundadas sospechas de parcialidad sobre su persona".

Por último, una razón de corte histórico debemos tener en consideración, a través del estudio del siguiente y antiguo Brocárdico:

- "Setentia debet esse conformis, libello; ne eat judex, ultra, extra aut citra petita partium; tantum legatum quantum judicatum; judex judicare debet secundum allegata et probatia partium",

que en una tradición libre significa:

- "La sentencia debe estar conforme con la reclamación escrita, para que el juez no vaya más allá, fuera o más acá de las demandas de las partes; tanto lo imputado como lo sentenciado; el juez debe juzgar de acuerdo con las razones alegadas y probadas por las partes". (no por el Juez).

Por todo lo anterior, es necesario tener presente que lo que se asegura con un debido proceso, entre otras circunstancias, es que las partes entre quienes se plantea el conflicto, tengan la posibilidad de probar sus afirmaciones de hecho, con la consecuente posibilidad de control respecto de la prueba rendida por la parte contraria, por lo que resulta absolutamente ilógico y contrario a un debido proceso, que quien debe resolver el conflicto produzca prueba respecto de hechos que obviamente no ha afirmado ni puede afirmar ya que no es parte del conflicto. De ahí que aun cuando decreta prueba que pudiera resultar neutra, está asumiendo de hecho el rol de parte en el conflicto, lo que es incompatible con el rol de tercero imparcial que debe decidir ese conflicto, lo que como veremos más adelante se entronca con la otra Ciencia que hemos anunciado debe ser considerada en este análisis.

Una última reflexión sobre la relación de los hechos -mismos que el Juez no puede proponer ni introducir al proceso, en respeto al principio dispositivo- con la prueba que decreta de oficio, a través de cuatro preguntas y en base a lo que ha fallado la CIDH en cuanto a que "el juez que interviene en una contienda particular se aproxime a los hechos de la causa careciendo, de manera subjetiva, de todo prejuicio y, asimismo,

ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad.”:

¿La prueba que decreta un Juez, acaso no lo acerca a los hechos en alguna medida con algún prejuicio?

Sino ¿cómo puede decretar la prueba? o,

¿lo hace por simple o mera intuición?

¿La prueba no es la manera de acreditar los hechos del juicio y aquélla no es el "vehículo" o medio legal para acreditar éstos?

El lector tendrá sus respuestas.

3. PERSPECTIVA SICOLÓGICA

Como necesaria explicación previa, señalo que la aproximación que pretendo desarrollar a continuación, lo es a partir del reconocimiento evidente de carecer de los conocimientos suficientes de Psicología, como para pretender realizar afirmaciones absolutas. Sin embargo, lo estudiado sobre el tema en estos últimos años, creo, me permiten plantear el tema a fin de incentivar a que especialistas puedan hacerse cargo con propiedad suficiente para dar las luces que se requieren en esta materia.

Hasta donde llegan mis conocimientos, al menos en mi país (el lector lo sabrá respecto de su propio país), no existen estudios mayores que se hayan preocupado del tema y para evitar errores, lo que desarrollaré a continuación, lo es con base a transcripciones literales del artículo del autor español Arturo Muñoz Aranguren, titulado "La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano. Una aproximación." (Indret, Revista para el análisis del Derecho, n°1/2011).

Este autor, siguiendo las enseñanzas de los psicólogos israelíes Amos Tversky y Daniel Kahneman, en "Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases" de recomendable lectura para quienes quieran introducirse en este trascendental tema, (*Science, New Series, Vol. 185, No. 4157. (Sep. 27, 1974), pp. 1124-1131*) nos explica que, entre otros, existen los siguientes procedimientos y sesgos cognitivos en los procesos o mecánicas mentales, también llamadas "técnicas cognitivas":

1.- Procedimiento heurístico de la representatividad (representativeness)

"Este procedimiento conduce a errores estadísticos y matemáticos en el cálculo de la probabilidad, derivados de la insensibilidad a la probabilidad previa de resultados y al tamaño de la muestra, así como de errores relativos a la aleatoriedad y en relación a la denominada "regresión a la media".

2.- Procedimiento heurístico de la disponibilidad (availability)

"Con arreglo a este procedimiento mental, el sujeto procede a valorar la probabilidad de que acaezca un suceso, tomando en consideración la facilidad con la que el propio sujeto puede recordar o imaginar ejemplos de sucesos similares".

3.- Procedimiento heurístico de anclaje y ajuste (anchoring)

"Este proceso mental se fundamenta en la realización de una estimación, por parte del sujeto, a partir de un valor inicial (*anclaje*), que progresivamente ajusta a medida que obtiene información adicional. Los múltiples estudios realizados acreditan cómo este procedimiento mental da lugar a resultados diferentes,

simplemente por el hecho de que se haya empezado por un valor distinto. De lo anterior se deriva que, con frecuencia, la valoración inicial ejerce una influencia indebida y desproporcionada sobre el análisis del sujeto, y provoca errores que pasan inadvertidos para el propio interesado”.

4.- Sesgo retrospectivo (hindsight bias)

"Con arreglo a este mecanismo mental, al valorar determinados hechos pasados, el sujeto no puede abstraerse de las consecuencias de los mismos, de manera que incurre en una tendencia a considerar, a partir del conocimiento de las consecuencias de la acción, que las mismas eran previsibles desde el principio".

5.- Sesgo de confirmación (confirmation bias)

"Este proceso mental se caracteriza por la tendencia del sujeto a filtrar una información que recibe, de manera que, de forma inconsciente, busca y sobrevalora las pruebas y argumentos que confirman su propia posición inicial, e ignora y no valora las pruebas y argumentos que no respaldan la misma. El sesgo de confirmación es una tendencia irracional a buscar, interpretar o recordar información de una manera tal que confirme alguna de nuestras concepciones iniciales o hipótesis. Es un tipo de sesgo cognitivo, es decir, un error sistemático del razonamiento inductivo”.

"Los sesgos pueden ocurrir en la reunión, interpretación o recuperación de información. Algunos psicólogos utilizan la denominación *sesgo de confirmación* para las desviaciones sistemáticas en cualquiera de estos tres procesos, mientras que otros la restringen a los pasos para la recolección selectiva de la evidencia, utilizando el termino *sesgo de asimilación* para las interpretaciones sesgadas."

6.- Sesgo de grupo (in group bias)

"Esta técnica cognitiva provoca el error de valorar de forma injustificadamente homogénea las actitudes, actos y opiniones de las personas que pertenecen al mismo grupo, y por la sola razón de pertenencia a ese grupo. Esos prejuicios pueden ser tanto positivos, como negativos, y pueden darse por la pertenencia o no del propio sujeto a uno de esos grupos. El modelo económico tradicional asume que la gente únicamente se preocupa de su propio interés. Sin embargo, las personas pueden mostrar también una actitud favorable a los grupos a los que pertenecen. En la ciencia psicológica este fenómeno se conoce como *identificación social*. Una de las manifestaciones más estudiadas de esta *identificación social* es el sesgo de grupo: el tratamiento preferente a los miembros del grupo al que el sujeto pertenece."

Si bien, en mi opinión, todos los procedimientos y sesgos mencionados se interrelacionan o pueden interrelacionarse en un momento dado, en el análisis que se realice, me parece que el llamado procedimiento heurístico de anclaje y ajuste (anchoring) y el sesgo de confirmación (confirmation bias) son los que de manera más directa se vinculan con el tema de la imparcialidad en relación a la prueba que decreta un juez.

En efecto, en cuanto al procedimiento mental señalado y denominado heurístico de anclaje y ajuste, la decisión del Juez al decretar prueba de oficio, estará sustentada en una estimación a partir del llamado valor inicial (*anclaje*), compuesto por las razones que haya tenido para decidir decretar determinada prueba, que puede llevarlo a resultados diferentes, derivándose "que, con frecuencia, la valoración inicial ejerce una

influencia indebida y desproporcionada sobre el análisis del sujeto, y provoca errores que pasan inadvertidos para el propio interesado."

Por su parte, en cuanto al sesgo de confirmación, la prueba de oficio que decreta el Juez puede traer por consecuencia que filtre "una información que recibe, de manera que, de forma inconsciente, busca y sobrevalora las pruebas y argumentos que confirman su propia posición inicial, e ignora y no valora las pruebas y argumentos que no respaldan la misma".

Con lo señalado, parece posible afirmar que la Ciencia de la Psicología debiera pronunciarse acerca de si con la prueba de oficio se puede afectar o no, la imparcialidad subjetiva y objetiva que se le exige a los Jueces.

4. CONCLUSIONES

1. El Juez civil no debe tener facultades probatorias de oficio, ya que con ellas se puede afectar su deber de imparcialidad, sin perjuicio que se afecta la garantía constitucional de igualdad ante la Ley y el principio de contradicción o contradictorio (Sergio García Ramírez, misma obra, página 31 punto 10. "Contradictorio").

2. La Ciencia del Derecho Procesal debe considerar y consultar a la Ciencia de la Psicología, para que esta se pronuncie acerca de las posibilidades de mantención o pérdida de la imparcialidad del Juez, cuando decreta prueba de oficio y de su potencial influencia en la sentencia que dicte.

