

EL JUEZ Y LA PRUEBA. ALCANCE DE ESTA PARTICULAR RELACIÓN EN EL CÓDIGO DE PROCESOS CUBANO

Judge and evidence. Scope of this particular relationship in the Cuban Code of Processes

Lic. Luis Alberto Hierro Sánchez

Profesor Auxiliar de Derecho Procesal
Universidad de La Habana (Cuba)
<https://orcid.org/0000-0002-5023-5647>
hierro@lex.uh.cu

Resumen

El nuevo Código de Procesos (CP) cubano coloca al juez como verdadero director del proceso, al declarar su papel activo, durante todo el iter procesal, como principio informador del modelo de enjuiciamiento que instaura. Para ello se amplía, en relación con la derogada Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico (LPCALE), el catálogo de poderes que permite al juzgador desarrollar la dirección formal y material del proceso, sobre todo en esta última dirección. Precisamente, cuenta el juez cubano con posibilidades de actuación respecto a la prueba que le permiten arribar a convencimiento sobre la realidad de los hechos que conoce y, en consecuencia, dictar un fallo que, en términos de eficacia y justicia, tutele los derechos de los justiciables.

Palabras claves: poderes del juez; dirección material; iniciativa probatoria de oficio; esclarecimiento de los hechos; cargas probatorias dinámicas.

Abstract

The new Cuban Code of Procedure (CP) places the judge as the true director of the judicial process, by declaring his active role as a fundamental principle of the judgement model that it establishes. Compared to the repealed Cuban Civil, Administrative, Labor and Economic Law (LPCALE), it expands the catalog of judges' powers for the formal and material management of the procedure, especially in the latter direction. Precisely, the Cuban judge has possibilities of acting regarding to evidence that allow him to arrive to conviction about the

reality of the facts that he knows and, consequently, to issue a ruling that, in terms of efficiency and justice, protects the rights of the parties.

Keywords: judge's powers; judicial management; ex officio judicial evidence; resolving the issues of facts; dynamic evidential burdens.

Sumario:

1. Introducción necesaria. 2. La dirección material del proceso. 3. El esclarecimiento de los hechos. Formas de su realización en el proceso. 3.1. La audiencia preliminar y sus variados cometidos. 3.2. La comparecencia de las partes, testigos y peritos. 3.3. La iniciativa probatoria del juez. 3.3.1. Crítica a los argumentos contrarios a la prueba de oficio. 3.3.2. Límites a la prueba de oficio. 3.4. La prueba de oficio en el CP cubano. 3.5. El poder instructorio contenido en los artículos 62 y 547.1. del CP. 3.6. La inversión de la carga de la prueba. 4. Comentario de cierre. **Referencias bibliográficas.**

1. INTRODUCCIÓN NECESARIA

Con la entrada en vigor del nuevo CP¹ cuenta Cuba con un nuevo modelo de enjuiciamiento, que se ajusta a los cánones del proceso moderno, con predominio de la oralidad y la intermediación, y con clara vocación hacia el respeto de la tutela judicial efectiva y del resto de las garantías procesales establecidas en el texto constitucional patrio de 2019. Para su logro se promueve un tipo de juez activo, con amplios poderes en la conducción de los procesos; pues como explica BUJOSA VADELL: "El reforzamiento de la posición del juez en el proceso se observa en [...] distintos aspectos del ejercicio de la potestad jurisdiccional dentro de las exigencias que conlleva el ejercicio efectivo del derecho al acceso a la justicia a través del debido proceso".² El papel activo del juez constituye un pilar importante de la reforma y de la nueva norma procesal.

El CP constituye una norma de alcance general que abarca y uniforma el conocimiento, la solución y la ejecución de los conflictos civiles, familiares, mercantiles y los del trabajo y la seguridad social. La intención unitaria del legislador procesal se evidencia desde la propia antesala de la norma, al

¹ Cfr. Ley No. 141, Código de Procesos, de 28 de octubre de 2021, publicada en *Gaceta Oficial de la República* de Cuba, edición Ordinaria No. 138, de 7 de diciembre de 2021, en vigor desde el 1° de enero de 2022.

² BUJOSA VADELL, L. M., "Los principios del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012) desde la perspectiva española", *Revista General de Derecho Procesal*, No. 31, septiembre 2013, p. 288.

colocar ordenadamente los principios que la orientan, que comprenden la independencia y la imparcialidad en la actividad de los tribunales, su carácter inexcusable, la prevalencia de la igualdad efectiva de las partes, así como la responsabilidad de los tribunales en el impulso y dirección de los actos procesales, en el mantenimiento de la referida igualdad y de la lealtad y probidad en el debate judicial, y en la realización del proceso acorde con criterios de economía, celeridad y eficiencia.³

Como se aprecia, el legislador ha querido regular los fundamentos esenciales de los procesos contenidos en la nueva ley y los relativos a la actuación del órgano juzgador. Pero en medio de este enjambre de reglas y principios, destaca el artículo 7, que declara expresamente que los tribunales mantienen una posición activa en los procesos, con el objetivo de lograr certeza sobre los hechos. Aunque este propósito resulta menos abarcador del que en realidad tiene, representa una clara declaración de principios respecto a la postura que deben mantener jueces y magistrados en la sustanciación y solución de los litigios. El esclarecimiento de los hechos es una de las principales funciones del órgano juzgador, pues sobre ellos recae la labor de valoración de la prueba y posteriormente el fallo del caso. Sin embargo, la tramitación de los procesos implica una serie de actos del tribunal que requieren de su constante intervención, tanto en el orden procesal como en el material. El papel del juez constituye, entonces, una cuestión de principalística procesal, pues determina el comportamiento que debe asumir la judicatura en todo momento, ya sea el tipo procesal ordinario o sumario, ya sea la naturaleza del asunto disponible o indisponible, pues en los casos de familia y los del trabajo y seguridad social, se acentúa su protagonismo.

Para mantener ese papel activo durante el todo el *iter* procesal, el juez cuenta con un abanico de poderes, regulados en el cuerpo del CP, que le permiten desarrollar a cabalidad la función que le viene atribuida constitucionalmente. Los poderes del juez constituyen la base de su actuación no solo en el impulso y dirección del proceso, sino también en la toma de decisiones; por lo que abarcan dos direcciones: una asociada a impulsar los actos del proceso, de cara a lograr una impartición de justicia expedita y eficiente; y otra que respalda y justifica su intromisión en asuntos originalmente reservados a las partes, como paliativo al principio dispositivo, que son los conocidos y polémicos poderes probatorios e instructorios. Por supuesto, el radio de acción que permite al

³ Cfr. artículos del 1 al 14 del nuevo CP cubano.

juez un menor o un mayor despliegue de su actividad está en dependencia de la naturaleza de los derechos para los cuales se reclama la tutela judicial; de ahí que a intereses superiores corresponda un mayor protagonismo al juzgador. En esta ocasión, se reserva el análisis para las atribuciones que tiene el juez en relación con la materia probatoria.

2. LA DIRECCIÓN MATERIAL DEL PROCESO

De la mano de CAPPELLETTI se traen a colación los siempre polémicos poderes materiales de dirección. Según el maestro italiano, “[...] el juez viene a asumir también los poderes atinentes al objeto deducido en juicio, a la materia del proceso; es decir, se le atribuye un poder de intervención, de solicitud, de estímulo: él puede hacer presente a la parte la irregularidad no solamente formal de la acción propuesta, lo incompleto o lo impreciso de las alegaciones o de las peticiones, la posibilidad de cambiar, ampliar, de corregir la propia posición”.⁴ El proceso debe ser reflejo de la igualdad efectiva de las partes y no de una mera igualdad formal, donde la justicia material prime sobre los formalismos del procedimiento, por lo que el juez no solo asume un papel de guía y control en relación con el aspecto técnico; también lo hace respecto a las cuestiones que llenan de contenido el denominado fondo del asunto. Entonces, la dirección material del proceso estriba en la posibilidad de que el juez pueda influir en el mérito de la causa, bien por su propia decisión, bien porque solicita de las partes determinadas alteraciones o modificaciones del *thema decidendum*.

Esta vertiente material de dirección, que se proyecta fundamentalmente hacia la prueba, se sustenta en las relaciones entre las partes y el juzgador para la instrucción de la causa. En esta tesitura, apunta MASCIOTRA que el juez “[...] asume un cometido de carácter activo y asistencial respecto de las partes, discutiendo con ellas la mejor formulación de las demandas y excepciones, colaborando con ellas en la búsqueda de la verdad y, en suma, actuando a fin de que la victoria sea de la parte que efectivamente tenga razón [...]”.⁵ Sobre la base de dicha colaboración se asienta la tendencia publicista del proceso civil,

⁴ CAPPELLETTI, M., *La oralidad y las pruebas en el proceso civil. Proceso oral y proceso escrito*, p. 79.

⁵ MASCIOTRA, M., *Poderes-deberes del juez en el proceso civil*, p. 20. Para EXTEBERRÍA GURIDI, “En un proceso civil moderno se trata de otorgar la razón a quien la tiene dentro y fuera del proceso, por lo cual hay que dotar al juez de facultades que le permitan descubrir la relación jurídico material debatida”. Vid. EXTEBERRÍA GURIDI, J. F., *Las facultades judiciales en materia probatoria en la LEC*, p. 262.

que cada vez se hace más patente en las leyes procesales contemporáneas,⁶ incluido el CP cubano.

Se trata de poderes de tipo instructorio, para ordenar –de oficio– la práctica de los medios de prueba necesarios para arribar a la decisión final del caso. Como deja en claro COMOGLIO, este ámbito de dirección procesal “Contempla el deber-poder de investigar también de oficio los hechos relevantes [...]. Puede el juez tener especiales deberes de informar, aconsejar y asistir a las partes para inducirlos a cooperar con el acercamiento de la verdad real de los hechos controvertidos”.⁷ El profesor italiano opina de esta forma porque, según su parecer, la prueba de oficio corresponde, o forma parte intrínseca, de la función social de la justicia. En esta misma tesitura se inserta OBANDO BLANCO, al afirmar que “La disposición de prueba de oficio constituye una norma procesal de aplicación del principio de autoridad del juez, por el cual además de los poderes de dirección formal viene a asumir poderes atinentes al objeto deducido en el proceso. El juez es la figura central del proceso (supra partes), su director. Al principio de la dirección del proceso se vincula el de la adecuación de las formas procesales a las exigencias sustantivas, humanas y constitucionales de la causa”.⁸

Con lo dicho se quiere significar que el cometido del juez no se agota con el hecho de que se hayan cumplido las formalidades del procedimiento, sino que se hace necesario que la decisión final sea reflejo de un resultado justo, pues en ello radica la efectiva realización del Derecho. Ese modelo de juez al que se

⁶ En esta línea se inserta el CP cubano, a partir de lo regulado en su artículo 7. Postura que hace notar MANTECÓN RAMOS, al tiempo que advierte sobre los peligros de un desmedido activismo judicial y sobre la necesidad de su dosificación en atención a las características de cada caso. Por ello plantea: “Una primera lectura de este precepto nos lleva a entender que, ciertamente, el CP ha querido sobreponerse a la idea del juez pasivo para fomentar un tipo de juzgador dinámico que no se limite a ser un mero receptor de vivencias, lo cual nos parece correcto. Ahora bien, no debe desconocerse que el proceso civil (y los procesos no penales en general) están aderezados en gran medida por el interés de parte y no por las esencias del orden público. Por tanto, nadie debe pensar en un juez desaforado como cid campeador en busca de la verdad de las verdades, porque esta actitud claudicará necesariamente ante la ‘trivialidad’ de muchos de los procesos que se tramitan en estas materias. El juez, por más que se le conmine a que sea inquisitivo y proactivo, va a dosificar ese activismo en función de la objetividad de cada proceso”. Vid. MANTECÓN RAMOS, A., “Notas para una primera aproximación a la prueba en el Código de Procesos”, *Revista Cubana de Derecho*, V Época, Vol. II, No. 1, enero-junio 2022, p. 270.

⁷ COMOGLIO, L., *Riforma processuale e poteri di giudice*, p. 57.

⁸ OBANDO BLANCO, V., “Constitucionalidad de la iniciativa probatoria del juez en la proposición de la prueba de oficio en el proceso civil”, *Revista Oficial del Poder Judicial*, Vol. 4, No. 4, julio-diciembre 2008, p. 157.

aspira, verdadero director del proceso, debe ser conocedor de los pormenores del caso y debe estar comprometido con la eficacia de su resultado; para ello, debe encontrarse en la mejor disposición de realizar los poderes que la ley pone a su alcance.⁹ Tal es así, que DAMAŠKA reconoce que “[...] el juez está obligado a ampliar la argumentación y sobrepasar el material presentado por los participantes en el proceso, cuando sea aparente que tales acciones son necesarias para alcanzar los resultados correctos. El juez no puede mantenerse apartado y sin participar.”¹⁰

La legitimidad de los poderes materiales del juez está dada por el carácter público del proceso civil y de la función social que cumple. El juez es el encargado de ponerle fin a la controversia a través de su sentencia, cuyo menor o mayor grado de eficacia está dado por el nivel de conocimiento que tenga sobre el caso, fundamentalmente de los hechos objeto de prueba. La dirección material del proceso implica la existencia de un juez involucrado con el contenido de la cuestión litigiosa, con la verdad de los hechos que la componen y con la justicia y la paz social que se persiguen con su definitiva resolución. Ello es fruto del ejercicio de los poderes que emanan de la función jurisdiccional, sin que le sea posible al juez rehusar o excusarse de su empleo, ya que resultan imprescindibles para el cumplimiento de los fines del Estado y para la salvaguarda de los valores más genuinos de la sociedad.

Empero, su ejercicio no es ni puede ser absoluto, ya que su utilización debe realizarse con respeto a los límites legales establecidos y a las garantías constitucionales del proceso. Primero, el resultado probatorio al que se arribe, como explica MENDOZA DÍAZ, “[...] no puede obtenerse transgrediendo las reglas que la Constitución y la propia ley procesal establecen, al amparo de las garantías

⁹ En su virtud, afirma SATTÀ que “El juez está verdaderamente investido de la causa, en el sentido de que puede y debe hacer todo lo necesario para conducirla a su término”. *Vid.* SATTÀ, S., *Manual de Derecho Procesal Civil*, Vol. I, p. 283. En sentido similar se pronuncia TROCKER, cuando expresa que “Se confiere al juez una dirección elástica del proceso, adecuada a las dificultades de tratamiento conforme a la particular materia del litigio y atenta a garantizar el correcto desarrollo de la causa”. *Vid.* TROCKER, N., “Poderes del juez y derechos de las partes en el proceso civil: las enseñanzas del Calamandrei y las reformas procesales en Europa”, *Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, No. 7, 2010, p. 115.

¹⁰ DAMAŠKA, M., *Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal*, p. 290. Con BUJOSA VADELL se coincide en que “El carácter público del proceso [...] debe tener sus consecuencias en la dirección material del proceso, dedicada a completar el material probatorio para la formación de la convicción judicial –siempre que ello no afecte al poder de disposición de los derechos e intereses de las partes ni a la imprescindible posición imparcial del juez– [...]”. *Vid.* BUJOSA VADELL, L. M., “Los principios...”, *ob. cit.*, p. 288.

que brinda el debido proceso”.¹¹ El juez debe estar atento a cualquier supuesto de exclusión probatoria como consecuencia de la ilicitud en la obtención de las fuentes de prueba; así como de las relativas a la pertinencia y utilidad de los medios de prueba aportados por las partes. Segundo, el derecho a ser escuchado en juicio resulta fundamental frente a la disposición oficiosa de un medio de prueba, ya que las partes deben contar con todas las oportunidades de defensa en cada momento procesal, antes del dictado de la sentencia, para poder influir sobre el convencimiento que el juzgador va creando respecto al mérito de la causa; bilateralidad de audiencia que solo está completa si cada parte es capaz de hacer valer sus propios pedimentos, a través de las oportunidades de defensa y de prueba que la ley procesal les confiere.

3. EL ESCLARECIMIENTO DE LOS HECHOS. FORMAS DE SU REALIZACIÓN EN EL PROCESO

La fijación y el conocimiento de los hechos por parte del juez constituyen el nervio central de cualquier proceso. Por ello se coincide con GUASP DELGADO en que “[...] un buen régimen de prueba es lo único que puede garantizar el contacto del proceso con el mundo exterior que lo circunda, con el conjunto de verdades que de un modo u otro han de ser recogidas por el proceso para que este desempeñe eficazmente su misión”.¹² Como la sustancia del proceso son los hechos, deben estar correctamente fijados, esclarecidos y, por supuesto, probados; pues los que así no consten no existen para el juzgador. A través de ellos corresponde a las partes convencer al tribunal de la forma en que acontecieron en la realidad.

Esa convicción a la que arriba el juez debe ser resultado de su razonamiento probatorio, no de creencias individuales y como se trata del director del proceso, el ordenamiento procesal le provee con un amplio abanico de posibilidades que le permiten actuar de oficio para arribar a conclusiones sobre el material

¹¹ MENDOZA DÍAZ, J., “Carga de prueba, estándares probatorios y prueba de oficio en el nuevo modelo procesal cubano”, en M. M. Bustamante Rúa, A. Henao Ochoa y D. M. Ramírez Carvajal (coords.), *Homenaje a Michele Taruffo. Un jurista del futuro. El legado de Taruffo para Latinoamérica*, p. 356. Desde España, resulta ilustrativo el criterio de BUJOSA VADELL, cuando expresa que, respecto a la búsqueda de la verdad, “[...] el propio sistema constitucional y la necesidad de ponderar derechos fundamentales conlleva límites en esa búsqueda, como muestra la complejidad de la doctrina de la prueba ilícita o prueba ilegal”. *Vid.* BUJOSA VADELL, L. M., “De iudicio. Variaciones en torno a la potestad y al acto de juzgar”, *Ars Iuris Salmanticensis*, Vol. 2, junio 2014, p. 70.

¹² GUASP DELGADO, J., *Estudios jurídicos*, p. 391.

fáctico. En este sentido, refiere ALSINA que “[...] todo derecho nace, se transforma o se extingue como consecuencia de un hecho. De ahí que la primera función del juez en el proceso sea la investigación de los hechos, para luego, en la sentencia, deducir el hecho que surja de ellos”.¹³ Por lo tanto, la principal función del juez es la de fijar los hechos litigiosos sobre los que debe fundar su decisión. Rige, entonces, el principio de necesidad de prueba y se comporta como regla en el proceso. Salvo cuestiones de estricto derecho, en que no se apertura la fase probatoria, el juez está obligado a pronunciarse sobre la admisión de los medios propuestos por las partes,¹⁴ para su práctica luego, en la audiencia preliminar u otra posterior; sin perjuicio de que pueda ejercitar sus poderes instructorios para aproximarse, lo más posible, a la verdad sobre los hechos.

3.1. LA AUDIENCIA PRELIMINAR Y SUS VARIADOS COMETIDOS

Debe tenerse en cuenta, de inicio, que la realización de la audiencia preliminar, según el artículo 535, apartado primero, del CP, es facultativa del juez en el proceso ordinario; mientras que no existe tal posibilidad en el sumario. Por lo tanto, resulta necesario hacer hincapié en los cometidos de la audiencia, pues en ellos radica su sustancia; y no tanto a la audiencia en sí misma, como acto procesal. Recuérdese que el juez puede no convocar a la audiencia y, sin embargo, los aspectos relativos a la fijación de objeto del proceso, del debate y de la actividad probatoria siguen teniendo relevancia en el tracto procesal.

Es la audiencia preliminar, precisamente, un momento trascendental en materia de fijación de los hechos,¹⁵ a partir de que el juez considera necesaria su

¹³ ALSINA, H., *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, t. II, pp. 221-222.

¹⁴ Recuérdese que el CP exige que los medios de prueba se propongan en los escritos polémicos, con explicación de la finalidad que persiguen. Al no existir una fase probatoria delimitada no existe un momento formal de apertura a prueba, sino que, vencidas las alegaciones, el juez decide sobre la celebración o no de la audiencia preliminar. Si se celebra, se pronuncia sobre la admisión y practica las que, por su naturaleza, fuesen posibles; deber que le corresponde aun cuando no considere necesario el referido acto. Cfr. artículo 535.1 y 2 del CP.

¹⁵ Explica ABEL LLUCH que “La función delimitadora de los términos del debate [...] concentra una pluralidad de facultades judiciales que, resumidamente, pueden sintetizarse en la función aclaradora de alegaciones y pretensiones, la función impugnatoria de documentos y dictámenes judiciales y la función de fijar los hechos controvertidos, antecedente necesario del juicio de admisión de los medios de prueba”. Vid. ABEL LLUCH, X., “La función conciliadora en la audiencia previa: presupuestos, facultades judiciales y límites”, *Revista Jurídica Valenciana*, No. 30, 2013, p. 4.

celebración.¹⁶ Primero, porque el juez escucha a las partes sobre los extremos litigiosos, a fin de delimitar el objeto del contradictorio, para lo cual las interroga en relación con los puntos requeridos de mayor explicación. La convocatoria a la audiencia preliminar sirve, entonces, para que “[...] las partes establezcan los hechos articulados sobre los cuales versará la prueba ofrecida, debiendo el juez fijar definitivamente los hechos controvertidos”.¹⁷ Segundo, porque la prefijación de los hechos –por eso se escucha primero a las partes y se les interroga– conlleva a una decisión del tribunal sobre la admisión o no de los instrumentos de prueba aportados por ellas. Esta valoración inicial de los medios de prueba implica que el juez, sin prejuzgar el asunto, examine su relación con el objeto del proceso, determine su utilidad y, en consecuencia, los admita o deniegue. A través de ambas actividades, deben quedar determinados los hechos sobre los que versa la actividad demostrativa. Tercero, porque puede ordenar la práctica de los medios incorporados por las partes, una vez consentidos, e incluso, los que de oficio estime oportunos y no contravengan los objetivos del acto.

Incluye MENDOZA DÍAZ, entre las finalidades de la audiencia preliminar, la delimitación de los términos del debate y del objeto de la prueba. Respecto a la primera, explica que “Su misión principal es la de servir de medio de fijación de los hechos como introducción del estadio probatorio”. De la segunda plantea que constituye “[...] el momento en el cual el juez debe pronunciarse oficialmente sobre los medios de prueba que resulta necesario practicar para lograr certeza sobre el asunto”;¹⁸ tal como se corrobora en la actual norma adjetiva cubana, desde el mismo momento que ordena a las partes asistir a la audiencia con las pruebas propuestas, a resultas de lo que el tribunal disponga sobre su admisión y sobre su práctica.¹⁹

Para el juez, la audiencia preliminar no solo supone el reto de su dirección, sino el de hacerlo suficientemente preparado sobre los aspectos sustantivos

¹⁶ El CP deja a consideración del juez la celebración de la audiencia preliminar, a semejanza del proceso económico, último introducido en la LPCALE, con la reforma de 2006; pero a diferencia del proceso civil que la establecía con carácter preceptivo, a partir de las modificaciones introducidas por el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular a través de sus instrucciones de carácter obligatorio. Cfr. artículo 535 del CP, 771 de la LPCALE y apartado cuarto de la Instrucción 216 de 2012, respectivamente.

¹⁷ MASCIOTRA, M., *Poderes-deberes del juez...*, ob. cit., p. 283.

¹⁸ MENDOZA DÍAZ, J., “Un acercamiento al proceso civil cubano”, en J. Mendoza Díaz (coord.), *Panorama del Derecho Procesal hispanocubano*, pp. 127 y 128.

¹⁹ Cfr. el apartado segundo del artículo 535 del CP, de conjunto con los incisos b), e) y f) del artículo 538.

del caso que hasta ese momento conocen.²⁰ Al decir de VELÁSQUEZ RESTREPO, “[...] es deber del juez examinar antes de la audiencia la demanda, las excepciones previas, las contestaciones y las pruebas presentadas y solicitadas; al hacerlo debe establecer si es necesario o no, interrogar a las partes, para determinar todos los hechos relacionados con las excepciones previas y con los demás aspectos del litigio”.²¹ Entonces, del estudio previo de las actuaciones depende que el acto procesal pueda cumplir los cometidos para los que está diseñado. La audiencia preliminar dinamiza el papel del juez, lo saca de la zona de confort que el proceso escriturado le proporcionaba, lo obliga a prepararse y a pensar en la justa solución del caso.

El artículo 538.1 del CP regula los cometidos de la audiencia preliminar, que bien pudiera llamarse principal, debido a la marcada intencionalidad de esclarecimiento de los puntos en conflicto. Escuchar a las partes sobre sus alegaciones y aclarar los extremos imprecisos; concretar los hechos, la pretensión o la defensa, en caso de modificación que no contravenga sustancialmente lo inicialmente planteado; promover la conciliación y efectuarla, o derivar el caso a mediación; fijar los términos del objeto del proceso y del debate; así como pronunciarse sobre la admisión o denegación de la prueba y determinar el orden de su práctica en el mismo acto u otro posterior, constituyen vías de su confirmación.

Empero, ¿puede el juez en la audiencia preliminar que regula el CP, indicar a las partes sobre la insuficiencia probatoria respecto a los hechos de la causa? No cuenta este cuerpo legal con un precepto similar al 429.1, párrafo segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 2000, cuyo tenor literal impone al tribunal el deber de señalar, en la audiencia, la insuficiencia de las pruebas propuestas por las partes, con indicación de los hechos que pueden verse afectados por ella y, a un tiempo, sobre la base de los elementos de prueba que obran en los autos, puede señalar las pruebas cuya práctica considere conveniente.²² Sin embargo, el apartado de cierre del artículo 538 del CP constituye una suerte de cajón de sastre, que permite al juez disponer cualquier otra actuación, indispensable para la sustanciación del proceso, como puede

²⁰ URIARTE CODÓN, A., “Intervención del tribunal en la fijación de los hechos controvertidos”, en X. Abel Lluch y J. Picó I Junoy (dirs.), *La audiencia previa*, p. 333.

²¹ VELÁSQUEZ RESTREPO, C. A., “La audiencia preliminar”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Nos. 87-88, 1990, p. 193.

²² *Vid.* “La iniciativa probatoria del juez civil. A propósito de un caso”, en ABEL LLUCH, X. y J. PICÓ I JUNOY (coords.), *Los poderes del juez civil en materia probatoria*, pp. 146-148 y 160-161, respectivamente.

ser una prueba de oficio sobre algún hecho cuya prueba ya se ha intentado en el propio acto. Si ello es posible, nada obsta para que, al percatarse de la insuficiencia, el juez la ponga de manifiesto a las partes y les señale las pruebas que puedan servir mejor al esclarecimiento de los hechos; siempre que se respeten los límites legales previstos.

Todo lo anterior es reflejo, sin dudas, de los beneficios de la oralidad y de la consecuente inmediación del juez con las partes y, sobre todo, con los hechos;²³ lo cual se corporifica en la relación que se entabla entre hechos controvertidos, hechos probados y los definitivamente valorados en la sentencia.²⁴ El punto de conexión entre unos y otros es –por supuesto– la prueba; pues la eficacia del resultado procesal depende, en buena medida, del éxito de la actividad probatoria. La audiencia preliminar comporta una notable ventaja, ya que al quedar precisado el objeto del proceso y, derivado de este, la cuestión fáctica, el juez puede prescindir de la práctica de medios probatorios innecesarios solicitados por las partes, o decretar de oficio las que se requieran a partir de la precisión verificada.

3.2. LA COMPARECENCIA DE LAS PARTES, TESTIGOS Y PERITOS

La función de esclarecimiento no se limita al acto de la audiencia preliminar, pues cuenta el juez con otras oportunidades de intermediación con las partes, así como con los testigos y peritos propuestos. Son varias las leyes procesales que regulan la posibilidad de citar a las partes y a los referidos terceros que vienen en auxilio de la justicia;²⁵ como lo hace el CP en su artículo 60, descendiente directo del 42 de la LPCALE. Este precepto regula una valiosa herramienta que

²³ Vid. PALOMO VÉLEZ, D., "Proceso civil oral: ¿qué modelo de juez requiere?", *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. 18, No. 1, julio 2005, p. 175.

²⁴ Con MASCOTRA se acepta la relación que existe entre la "[...] fijación provisional de los hechos, en la oportunidad de la audiencia preliminar [...]" y la "fijación definitiva de los hechos litigiosos debidamente acreditados, en el pronunciamiento final". Vid. MASCOTRA, M., *Poderes-deberes del juez...*, ob. cit., p. 285.

²⁵ Cfr. artículo 36.4 a) y b) del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación argentina, que faculta al juez para disponer, en cualquier momento, la comparecencia personal de las partes para requerir las explicaciones necesarias sobre el objeto del pleito; así como de testigos, peritos y consultores técnicos, con el objetivo mediato de esclarecer la verdad de los hechos controvertidos. En la misma cuerda, cfr. artículo 24.4 del Código Procesal Civil de Bolivia; con alcance general, el artículo 43.4 del Código General del Proceso de Colombia, que le permite ordenar a las partes aclaraciones y explicaciones en torno a las posiciones y peticiones que presenten; artículos 117 y 118 del Código Procesal Civil italiano, respecto al interrogatorio de las partes y a la diligencia de inspección; así como el artículo 24.5 del Código General del Proceso de Uruguay.

sirve al juez para, en cualquier estado del proceso, hacer comparecer a los litigantes e interrogarles sobre los hechos controvertidos u ordenar la inspección de las cosas objeto de litis y de los libros o documentos que guarden relación con él; siempre que tales diligencias resulten indispensables para el conocimiento de los hechos. A diferencia de la norma anterior, el CP incorpora –con acierto– la posibilidad de ordenar la presencia de testigos y peritos para que brinden explicaciones respecto al objeto del debate.

Algunos autores del patio expresan cierta preocupación sobre si los resultados del ejercicio de este poder trascienden o no al ámbito de la prueba. ANDUX ALFONSO y MANSO LACHE alegan, respecto al artículo 42 de la LPCALE, que “Se trata de una diligencia prevista para la modelación del objeto del debate, y este es el cometido esencial del precepto, que se alcanza por medio de una actuación indagatoria sobre cada uno de los puntos contradictorios”.²⁶ Para MANTECÓN RAMOS, “La formulación literal [...] del artículo 42, no vincula la intención esclarecedora del tribunal al resultado de las pruebas del proceso, que podía haberse producido o no al momento en que se determinara el uso de esta facultad. Así, no estaba descartado este trámite como vía de esclarecer dudas que pudieran haberle quedado al tribunal una vez que se practicaron las pruebas”.²⁷ Sin embargo, SOLÓRZANO Y RENAU no cuestiona la vocación probatoria de las diligencias que contiene y que facultan al juez para su disposición en cualquier estado del proceso.²⁸

El artículo 42 de la LPCALE es el basamento legal para que, de la mano de las instrucciones del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular (CGTSP), se coloque –en los procesos familiares y civiles– una comparecencia, con carácter preceptivo, una vez finalizada la fase de alegaciones; con marcados propósitos de saneamiento, conciliación y delimitación del contradictorio. Los objetivos de esa comparecencia, aunque guardan relación con los del artículo 42, no se corresponden en cuanto a su alcance, finalidad y momento de su celebración. Una cosa es que, vencido el momento de las alegaciones, el tribunal proceda a sanear el proceso, a escuchar a las partes y a delimitar el objeto del debate, o a propiciar la conciliación entre ellas; y otra diferente que se les interroge sobre los hechos o se inspeccionen libros, documentos y cosas relacionadas con el pleito, sin condicionamientos de índole temporal.

²⁶ ANDUX ALFONSO, R. A. y J. MANSO LACHE, “De las facultades del tribunal”, en I. Pérez Gutiérrez (coord.), *Derecho Procesal Civil*, pp. 30-31.

²⁷ MANTECÓN RAMOS, A., *Tutela ordinaria del derecho a la prueba en el proceso civil*, p. 98.

²⁸ *Vid.* DE SOLÓRZANO Y RENAU, J., *Estudios sobre la prueba en el proceso civil cubano*, p. 84.

Coincide la fijación de los límites del contradictorio, por vía de las alegaciones de las partes y del interrogatorio del tribunal, respectivamente; no así el resto de sus objetivos. Esta identificación conduce a equívocos en cuanto a la aplicación de este poder, pues se entendía que con la celebración obligatoria de la comparecencia, ya no resultaba necesario volver a citar a las partes; distinción que ahora se refuerza al quedar bien delimitados los objetivos de la audiencia preliminar y los de la comparecencia del artículo 60 del CP.

Lo que no puede negarse es que las diligencias del ahora artículo 60 del CP presentan cierto matiz probatorio, porque producen resultados confirmatorios –o no– en la formación de convicción del juez, a partir de la verificación de los hechos controvertidos y de las herramientas de valoración que ofrece la ley para las pruebas de documentos, de libros y reconocimiento judicial; matiz que se fortalece con la posibilidad de citar a testigos y peritos para lograr un mejor rendimiento de su papel en el proceso. Aunque no se trata de la práctica de estos medios de prueba, en ese momento, no puede perderse vista que las testificales y los informes periciales coadyuvan a la formación de convicción en el juzgador y al acercamiento a la verdad de los hechos.

Al regularse en la nueva norma la audiencia preliminar, cuya finalidad probatoria se encuentra bien delimitada, y con la posibilidad de iniciativa probatoria de oficio en cualquier estadio, pareciera que este poder del juzgador pierde su significado en los contornos de un proceso oral. Sin embargo, resulta lo contrario, pues no siempre se alcanza el resultado querido en la audiencia, por impericia del juez, de las partes o de sus representantes procesales; como tampoco es seguro –en términos de suficiencia probatoria– el resultado de la prueba de oficio. La sustancia del artículo 60 cobra sentido, sobre todo, después de realizada la audiencia, incluso en la fase conclusiva del proceso,²⁹ para esclarecer los extremos sobre los que aún exista oscuridad, a través del interrogatorio; o para el análisis de los documentos, libros o cosas en litigio que no se pudieron realizarse en aquel acto.

Pero también puede ser el momento propicio y útil para el juez, y como derivación para los justiciables, luego de practicadas las pruebas, para advertirles sobre la insuficiencia de su labor demostrativa, respecto a hechos concretos, con

²⁹ Así lo regula expresamente el artículo 24.4 del Código Procesal Civil de Bolivia, al otorgarle al juez particular poder para ser usado en cualquier momento del proceso, hasta antes de sentencia. De igual manera, cfr. artículo 36.4 a) y b) del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación argentino. Con un enfoque más restringido, cfr. el apartado tercero del artículo 43 del Código General del Proceso de Colombia.

especificación de las pruebas necesarias para cubrir dicho vacío probatorio. Del interrogatorio que se realiza en estas compareencias del artículo 60 del CP puede inferir o confirmar el juez la mencionada carencia y como resultado de su manifestación a los investidos con la carga de la prueba, les indica la que pudiere serle útil en este sentido. Como no se incluye esta posibilidad en la audiencia preliminar, al menos taxativamente, el éxito de esta fórmula pudiera concretarse en el acto judicial que se analiza. Quizás llegue a convertirse en una forma de evitar aquella gastada conclusión de que siempre estuvo ahí, entre los poderes del juez, desde la primera reforma al ordenamiento procesal patrio –casi cinco décadas atrás–, pero que casi nunca se ha usado.

3.3. LA INICIATIVA PROBATORIA DEL JUEZ

La materia probatoria ha sido de las más beneficiadas por los aportes doctrinales realizados por la ciencia procesalista, los que se han implementado con los recientes movimientos de reforma procesal; avances que traen causa de las transformaciones que previamente se producen en el campo constitucional, con trascendencia a la impartición de justicia. Como se conoce, es la prueba la herramienta procesal que permite acreditar los hechos que se vierten en el proceso como sostén de una controversia entre partes, para que el juez pueda arribar a conclusiones y tome a su respecto una decisión, fundamentada en su sentencia. Entonces, si la finalidad de la prueba se dirige a estos objetivos, resulta de suma importancia contar con pruebas suficientes.

Con PICÓ I JUNOY se coincide en que la iniciativa probatoria del tribunal “[...]” permite que la prueba cumpla su función. Si [...] tiene por finalidad lograr la convicción psicológica del juez, acerca de la existencia de los hechos discutidos en el marco del proceso, no tiene sentido sostener que la prueba es una actividad exclusiva y excluyentemente interesa a las partes, y prohibir en consecuencia al juez practicar por propia iniciativa el medio probatorio que estime necesario para alcanzar su convicción.³⁰ Para arribar a ese convencimiento sobre los

³⁰ PICÓ I JUNOY, J., *El derecho a la prueba en el proceso civil*, p. 260. En otro momento expresa que con la prueba se “[...]” pretende convencer al juez sobre la certeza de los hechos controvertidos [...]. Vid. PICÓ I JUNOY, J., “Presentación”, en J. Picó I Junoy, J. Mendoza Díaz, J., A. Mantecón Ramos (dirs.), C. De Miranda Vázquez y L. A. Hierro Sánchez (coords.), *La prueba a debate. Diálogos hispano-cubanos*, p. 17. Incluso, MONTERO AROCA, que se ha mostrado tantas veces contrario a la prueba de oficio, en 1982 llega a afirmar que “[...]” si la prueba es la actividad procesal que tiende a convencer al juez de la existencia o inexistencia de los datos que se han aportado en el proceso, va contra los más elementales principios de la lógica que el juez no pueda [...] ni acordar la práctica de los medios probatorios más convincentes para formar su convicción”. Vid. MONTERO AROCA, J., “Juicio crítico de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Conmemoración no festiva de su centenario”, en F. Ramos Méndez (Ed.), *Para un proceso civil eficaz*, p. 169.

hechos discutidos, tanto las partes como el juez deben establecer una relación de colaboración, lo cual no implica que la iniciativa probatoria de oficio suplante el papel de las partes, sino que la convivencia de ambas en el proceso implica su compatibilidad.³¹

Una vez entablada la relación procesal, es el juez el sujeto legitimado para distinguir la presencia de alguna carencia respecto a los elementos que conforman el material probatorio. Como pieza fundamental del proceso, la prueba no solo marca el sentido y alcance de lo querido por las partes; lo es sobre todo respecto al contenido de la sentencia, de ahí que adquiera utilidad el criterio de la relevancia probatoria, en cuanto a que sea decisiva para la toma de decisiones. Por ello, si el juez se percata de que falta “algo” para dar por probados los hechos o para dictar un fallo lo más próximo a la verdad de los mismos, entonces debe ordenar que sobre ellos se practiquen pruebas pertinentes, útiles y necesarias.

Expone RAMÍREZ CARVAJAL que “[...] es también de la mayor importancia, en el derecho contemporáneo, que las partes apropien con diligencia y cuidado la solicitud y aportación de la prueba. Las partes tienen la responsabilidad de preparar adecuada y justificativamente la etapa de contradicción, y de este actuar con diligencia surge un mayor o menor límite a los poderes oficiosos del juez. La relación entre la actividad responsable de las partes y la intervención oficiosa del juez es de codependencia, lo que implica que a una actividad menos precisa y diligente de las partes, corresponde una mayor intervención del juez, y que a mayor diligencia, precisión y claridad probatoria de las partes, surge una menor intervención de oficio por el juez, ya que sería una actuación inocua y sin sentido”.³² El juez no puede suplantar la actividad de las partes en el proceso, fundamentalmente la probatoria, pues ello le está prohibido en virtud del derecho constitucional a la defensa. Entonces, su iniciativa de prueba tiene un carácter complementario respecto al papel de las partes; al tiempo que tiene también como cometido el reforzamiento de las garantías constitucionales del proceso.

³¹ GUASP DELGADO, J., *Juez y hechos en el proceso civil*, p. 53. Explica PICÓ I JUNOY que la única forma de poner en tela de juicio dicho grado de compatibilidad, es que la materia probatoria se configure como monopolio exclusivo del tribunal, sin que las partes puedan intervenir en su sustanciación. Vid. PICÓ I JUNOY, J., *El derecho a la prueba en el proceso...*, ob. cit., pp. 233-234.

³² RAMÍREZ CARVAJAL, D. M., “Precisiones constitucionales sobre los poderes de instrucción que tiene el juez”, *Revista Diálogos de Saberes*, No. 30, enero-junio 2009, p. 278.

El artículo 290 del CP regula la regla del *onus probandi*, por lo que a cada parte le corresponde probar los hechos que afirme y los que oponga a los presentados de contrario, precepto que reproduce literalmente el artículo 244 de la derogada LPCALE.³³ Colocado en la antesala del título dedicado a la materia probatoria, este artículo resulta indicativo de la actividad a desplegar por las partes, sin tener en cuenta que también constituye una regla valorativa, de juicio, que despliega su eficacia en el momento en que el tribunal evalúa el material probatorio que obra en el expediente y, sobre todo, en la parte valorativa de la sentencia.³⁴ El principal problema de la carga de la prueba surge cuando la actividad probatoria desplegada por las partes no es suficiente para que el tribunal arribe a convicción sobre los hechos; ya que cuando el hecho se encuentra probado, no es necesario el cuestionamiento de a cuál de los litigantes corresponde su prueba, pues ello solo ocurre cuando no lo ha sido.³⁵

La finalidad y estructura del proceso civil indica que la responsabilidad de probar corresponde inicialmente al actor, y al demandado si se defiende por medio de excepciones materiales, quienes no prueban para sí, ya que el destinatario de su diligenciamiento es el tribunal. Los justiciables asumen una posición activa en esta sede, correspondiéndole al juzgador la expectativa de los hechos

³³ Una revisión de la regulación de la carga de la prueba en diferentes leyes procesales del área iberoamericana permiten apreciar la existencia de reglas específicas para su realización. Primero, corresponde al actor la prueba de los hechos en que funda su demanda, ya que *onus probandi incumbit actori*. Segundo, al establecer una defensa cualificada, por vía de las excepciones materiales, el demandado debe probar los hechos en que basa su defensa, como si se tratara del demandante, pues *reus, in excipiendo, fit actor*. Por último, el demandado debe ser absuelto de las cargas del demandante si este no logra la prueba de los hechos de su demanda, toda vez que *actore non probante, reus absolvitur*. Cfr. artículo 136 del Código Procesal Civil de Bolivia; artículo 41.1. del Código Procesal Civil de Costa Rica; artículo 169 del Código Orgánico General de Procesos de Ecuador; artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 2000; artículo 240 del Código Procesal Civil de Nicaragua; y el artículo 196 del vigente Código Procesal Civil de Perú.

³⁴ Sobre esto, ha dicho recientemente MANTECÓN RAMOS que "El CP ha optado por mantener la formulación de la norma procesal derogada en cuanto a la carga de la prueba. Así, dispone su artículo 290 que a cada parte incumbe probar los hechos que afirme y los que oponga a los alegados por las otras. Ya se sabe que la carga de la prueba es una construcción de proyección dual, en tanto funciona como regla procesal compulsiva para las partes, por un lado, y como regla de juicio o norma resolutive para el tribunal, por el otro, en tanto le facilita el cumplimiento de su obligación de fallar aun en situación de insuficiencia probatorio. Desde este último punto de vista, se erige en solución indispensable para el proceso, en tanto su aplicación puede constituir, en escenarios de vacío acreditativo, el único recurso del juez para eludir la prohibición de *non liquet*, esto es, evitar que el asunto quede si una decisión". Vid. MANTECÓN RAMOS, A., "Notas para una primera aproximación..."; ob. cit., p. 272.

³⁵ Vid. ROSENBERG, L., *La carga de la prueba*, p. 7.

y los medios de prueba introducidos al proceso, pues luego de su práctica le corresponde su valoración y la emisión de la resolución judicial que le pone fin al litigio. Sin embargo, ese ámbito de conocimiento que tienen las partes frente al juez no se mantiene intacto ni exclusivo durante todo el proceso. El juez no es una figura fría y lejana a la sustancia del litigio que debe resolver; por tanto, que nada tenga que decir o replantearse durante el trámite procesal, más que un beneficio para las los justiciables se torna en un contrasentido para la realización de sus derechos. Por ello resulta oportuno y necesario que el juzgador cuente con cierto –que no absoluto– protagonismo probatorio.

Se denomina iniciativa probatoria, en general, según el criterio de MENDOZA DÍAZ, “[...] a la integración de dos vías por las cuales se aporta el material probatorio, de una parte y primariamente la carga de probar de las partes y luego, en segunda grado, las facultades probatorias del tribunal”.³⁶ Por iniciativa probatoria del juez se entiende el poder para acordar la práctica, *motu proprio*, de uno o varios medios de prueba. No obstante, la doctrina no es unánime en cuanto al alcance de dicha prerrogativa, que puede ser mayor o menor en dependencia de la posición que al respecto se adopte.³⁷ Sin embargo, se prefiere la definición planteada, en tanto el recibimiento a prueba y la admisión y/o denegación de los medios probatorios constituyen ciertamente poderes del juez, mas no comportan su intromisión en el sustrato material de la litis, como sí lo hace la prueba de oficio.

Para MANTECÓN RAMOS, la iniciativa probatoria del juez se desarrolla a través de la prueba de oficio, “[...] que tiene lugar cuando el tribunal, observando que las partes, sujetos primarios de la proposición probatoria, no desahogaron suficientemente la carga de probar, o que no han quedado del todo acreditados uno o varios de los hechos en discusión, dispone por sí mismo la práctica de las diligencias necesarias para su mejor esclarecimiento y confirmación”.³⁸ Por su parte, ABEL LLUCH y PICÓ I JUNOY, entienden que –en general– este tipo de iniciativa comprende el conjunto de poderes relativos a la introducción del material probatorio en las actuaciones, actividad que corresponde a los justiciables en virtud del principio de aportación de parte. En consecuencia, cuando dicha

³⁶ MENDOZA DÍAZ, J., *Derecho Procesal. Parte General*, p. 211.

³⁷ PICÓ I JUNOY clasifica la iniciativa probatoria del juzgador según el momento procesal, de ahí que hable de iniciativa en los momentos de recibimiento, proposición y práctica de los medios de prueba. En la doctrina española, *vid.* PICÓ I JUNOY, J., *El derecho a la prueba en el proceso...*, *ob. cit.*, pp. 223-282. En Argentina, con una clasificación similar, *vid.* MASCIOTRA, M., *Poderes-deberes del juez...*, *ob. cit.*, p. 290.

³⁸ MANTECÓN RAMOS, A., *Introducción al Derecho Probatorio*, p. 37.

prerrogativa le es conferida legalmente al tribunal, su impulso difiere y resulta ajeno al de las partes, con diferencia del momento procesal en que actor y demandado introducen los hechos del proceso.³⁹

Son varios los caracteres esenciales de esta institución. Primero, la iniciativa probatoria del juez es independiente a la de las partes, pues se corporifica en virtud del principio de investigación judicial. Segundo, la prueba de oficio se caracteriza por la introducción de material probatorio por el propio tribunal; entonces, su actuación implica que ingresen al proceso nuevos elementos, sobre los cuales efectúa su valoración fáctica y jurídica en la sentencia. Tercero, el momento de su realización es siempre posterior a la práctica de pruebas desarrollada por las partes; de ahí su carácter supletorio respecto a la carga de aquellas. Visto así, solo tiene sentido la práctica oficiosa de pruebas si previamente ha existido actividad de partes, pues su realización no sirve para disimular el desinterés de quien es responsable en el resultado probatorio. Por último, su finalidad estriba en lograr un mejor esclarecimiento de los hechos controvertidos, que tribute a una aproximación lo más exacta y fiable posible de cómo acontecieron en la realidad.

Sobre su naturaleza jurídica poco hay que añadir. Ya se ha dicho que al tratarse de poderes, el juez queda apto para su utilización cuando el caso lo amerite, con tino y prudencia. Lo explica SENTÍS MELENDO, ya que “[...] las facultades que el juez tiene en el proceso son deberes para él, no tiene sentido que el juez pueda esclarecer la verdad; el juez debe esclarecerla... ese deber del juez ha de ejercitarlo con determinadas garantías para el litigante, que resultan de la propia letra y, sobre todo, del espíritu de la ley [...]”.⁴⁰ Deberes, o simplemente poderes –como se prefiera– para alcanzar la justicia, no para mancharla.

3.3.1. Crítica a los argumentos contrarios a la prueba de oficio

Aunque ya ha quedado acreditada la necesidad de que el juez cuente con cierta iniciativa probatoria, oportuno resulta detenerse en los argumentos que la doctrina ha esgrimido en su contra.⁴¹ Un primer elemento estriba en que son

³⁹ ABEL LLUCH, X. y J. PICÓ I JUNOY, “La iniciativa probatoria del juez civil. A propósito de un caso”, en X. Abel Lluch y J. Picó I Junoy (coords.), *Los poderes del juez civil en materia probatoria*, p. 142.

⁴⁰ SENTÍS MELENDO, S., *El proceso civil. Estudio de la reforma procesal argentina*, p. 157.

⁴¹ SACRISTÁN REPRESA considera la regulación de la prueba de oficio en la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 2000 como un manifiesto error. Vid. SACRISTÁN REPRESA, G., “Cuatro consideraciones no muy extensas sobre la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000”, *Revista Jueces para la Democracia*, No. 40, marzo 2001, p. 33.

las partes las únicas que pueden aportar la prueba en el proceso, ya que a ellas se les confiere el derecho a probar. Así, el ejercicio libre de ese derecho aparece en franca contraposición al ejercicio de la jurisdicción. Es cierto que corresponde a las partes la introducción de los hechos; pero respecto a los medios que sirven para su probanza, su ejercicio se extiende también al tribunal, por ser el titular de la función de impartir justicia. La prueba de oficio no es incompatible con la iniciativa probatoria de las partes, sino que conviven armónicamente, ya que lo verdaderamente arbitrario sería el monopolio exclusivo del juez. Entonces, no es sano para la justicia que sean las partes las únicas facultadas para su propuesta y práctica en el proceso.⁴²

Tampoco constituyen óbice los intereses privados de las partes en el resultado procesal, pues nada impide que el juez vele por su realización y, al mismo tiempo, por la justicia. El proceso se corporifica a través de una relación jurídica en la cual las partes no se relacionan de forma directa, sino a través del tribunal, cuya intervención determina su carácter público. Al juez se le atribuyen poderes probatorios, cuyo ejercicio se limita a los hechos discutidos en relación con las fuentes de prueba que constan en el proceso, con respeto del derecho de defensa de los implicados; por lo tanto, la aplicación de la prueba de oficio no conlleva a la desnaturalización de los derechos subjetivos en juego.⁴³

Aunado a lo anterior, se entiende que los justiciables son los que mejor pueden defender sus derechos e intereses en juicio y, en consecuencia, los que se encuentran en mejor posición respecto a la selección y aportación de los

⁴² Para RAMOS MÉNDEZ, la regulación del dispositivo material “[...] como un principio que regula la actividad de las partes en el proceso nos pone de manifiesto que una recta intelección del mismo no supone propugnar una postura abstencionista y pasiva del Juez en el proceso civil. Por el contrario, la actividad jurisdiccional es también una de las fuerzas que mueven el proceso y por ello goza de autonomía propia, es decir, goza de libertad de iniciativa y desarrollo dentro de los cauces del procedimiento”. Vid. RAMOS MÉNDEZ, F., “La influencia de la Constitución en el Derecho Procesal Civil”, *Justicia. Revista de Derecho Procesal*, No. 1, 1983, p. 24. Se cuestiona ALMAGRO NOSETTE que la libertad otorgada a los litigantes de cara a la prueba en el proceso civil, se establezca para que el juez no invada esa esfera de libre decisión. Sobre esto plantea: “[...] lo interesante es que, con rango constitucional, se establezca este derecho en favor de las partes, precisamente, para preservar a estas de lo contrario, es decir, de que una ilimitada confianza en el juez y en sus atribuciones probatorias, pudiera dar al traste con la responsabilidad inherente de cada parte de utilizar los medios de prueba conducentes a la verificación de los hechos”. Vid. ALMAGRO NOSETTE, J., “Garantías constitucionales del proceso civil”, *Justicia. Revista de Derecho Procesal*, No. 1, 1981, p. 34.

⁴³ Como explica PICÓ I JUNOY, “[...] el hecho de que los litigantes estén más preparados para aportar al proceso el material probatorio necesario no explica que se omita o excluya de esta actividad”. Vid. PICÓ I JUNOY, J., “La iniciativa probatoria del juez civil: un debate mal planteado”, *Revista Oficial del Poder Judicial*, Vol. 3, No. 3, enero-junio 2008, p. 314.

medios de prueba que sirven para acreditar los hechos. La aceptación de este razonamiento conllevaría a una relativización bifronte del valor justicia. Por un lado, porque ella constituye el fin deseado en todo proceso, no el medio justificativo para que las partes y el juez cuenten con libertades ilimitadas, las unas para la defensa de sus derechos y el otro para su actuación oficiosa respecto a la materia sustantiva; por otro, porque la iniciativa probatoria de oficio no es sinónimo de un poder absoluto, como lo tiene el juez respecto al impulso procesal; representa una posibilidad de arribar a convicción sobre la realidad de los hechos controvertidos y de que su pronunciamiento final tenga como sustento ese convencimiento.

La prueba de oficio tampoco rompe con la carga de la prueba, ni la distorsiona, ni tiende a su eliminación, ya que esta institución cobra sentido para el juez al tiempo de la valoración de las pruebas y del dictado de la sentencia⁴⁴ y, por tanto, bien puede, en momento anterior, ordenar la práctica de las pruebas que considere necesarias para arribar a un fallo justo. En ningún caso, el juez puede conocer a qué parte beneficia con su actuar, ni si de su empeño arribará finalmente al umbral de suficiencia probatoria deseado. Como los ordenamientos procesales contemporáneos no permiten una decisión *non liquet*, la regla del *onus probandi* permite al juez dictar un fallo,⁴⁵ incluso cuando los hechos no se encuentran suficientemente probados o sobre los cuales no aprecia una apariencia de veracidad. La iniciativa del tribunal no se contrapone a la carga de la prueba, sino que le complementa con vistas a la valoración del material probatorio; empero, puede que practicada la prueba de oficio aún persista la duda en el juzgador y tenga que aplicar la referida pauta.

Por último, no se considera acertado que la prueba de oficio conculque la imparcialidad del juzgador, en ninguno de los ámbitos de conocimiento que integran la jurisdicción, ya que con ello no adelanta su fallo, sino que encuentra la solución efectiva ante la duda razonable que le produce la ineficiente labor de probanza desplegada por una o ambas partes. Cuando el juez ordena la práctica de un reconocimiento judicial, por ejemplo, no conoce lo que a través

⁴⁴ Con una regulación superior a la tradicional decimonónica, el artículo 217.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 2000 establece que la carga de la prueba debe ser tenida en cuenta cuando, al momento de dictar sentencia, el tribunal considera dudosos o insuficientemente probados unos hechos relevantes para la decisión.

⁴⁵ MORELLO indica que “[...] las reglas atinentes a la carga de la prueba [...] están dirigidas al juez, quien deberá tenerlas en cuenta al sentenciar en los supuestos de insuficiencia probatoria, y a los litigantes, que deben conocer su distribución antes de que se haya constituido el proceso [...]”. Vid. MORELLO, A. M., *La prueba. Tendencias modernas*, pp. 56-57.

de sus sentidos va a percibir, o lo que el testigo va a declarar o lo que el perito va a informar, si se trata de los medios de prueba testifical y pericial, respectivamente. Así, la naturaleza y la finalidad de los medios de prueba representan también impedimentos a una posible visión parcializada de quien juzga. Recuérdese que el juez debe velar por la estricta configuración del contradictorio y por el mantenimiento y aseguramiento de la igualdad procesal, pues lo contrario redundaría en perjuicio de los querellantes.

Sin embargo, poco se objeta en la doctrina sobre los poderes del juez respecto a la admisión y la denegación de los medios de prueba, o sobre la posibilidad de inversión de la carga de la prueba; atribuciones cuyos efectos jurídicos giran alrededor de un juicio de valor del juez. Respecto al primer supuesto, le corresponde determinar si los medios de prueba cumplen con los requisitos de licitud, pertinencia y utilidad, imprescindibles para su admisión; en el segundo valora si la parte a quien originalmente no corresponde la carga de la prueba está en mejores condiciones de su realización, a partir de criterios de facilidad y disponibilidad. Si la doctrina no se ha cuestionado con tanta profundidad el quebrantamiento de la imparcialidad judicial en estos casos, se debe a la existencia de un régimen de recursos, devolutivos y no devolutivos, que permiten la refutación de su decisión; además de los deberes de preservación del contradictorio y de la igualdad procesal. Idénticos argumentos deben seguirse para la práctica de la prueba de oficio.

3.3.2. Límites a la prueba de oficio

La iniciativa probatoria del juez debe realizarse con apego a los límites que desde la Constitución y las leyes procesales se establecen para su ejercicio. Extremos que, al tiempo que modulan la actuación del juzgador, constituyen garantías para las partes, en el entendido de que sus derechos no se vean afectados por posibles abusos del tribunal en la aplicación de los principios relativos a la introducción de los hechos. Indica BERIZONCE que “[...] los límites y resguardos para que las tutelas privilegiadas no se desborden ni se expandan hasta convertirse en regla, con desmedro y vaciamiento del proceso común; tanto como los límites y salvaguardas del activismo judicial que, exacerbado, desembocaría en un dramático y no querido “gobierno de los jueces”.”⁴⁶ Enton-

⁴⁶ BERIZONCE, R. O., “Activismo judicial y participación en la construcción de las políticas públicas”, *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, Vol. 36, No. 36, 2010, p. 20. A pesar de los adelantos que ha traído la concepción publicista del Derecho procesal, aun es perceptible el temor a un “gobierno de los jueces” que ponga en peligro las conquistas alcanzadas por el individuo frente al Estado, o que coloque en riesgo la estabilidad y coherencia de los ordenamientos jurídicos.

ces, si se pretende que el juez no permanezca pasivo en el proceso, tampoco es deseable una extralimitación en su labor.⁴⁷

La prueba dispuesta por el juez en los procesos de objeto disponible tiene que circunscribirse a los hechos debatidos por las partes. La actuación del tribunal se limita a la producción y práctica de medios de prueba, no a la investigación y a la aportación de hechos no contenidos en las actuaciones, pues ello va en contra del dispositivo material. Recuérdese que toda “[...] la información y el conocimiento que el juez adquiera deberá estar debidamente aducida y controvertida en juicio, con lo cual se garantiza la protección de los derechos fundamentales”.⁴⁸ La iniciativa probatoria del juez se restringe a los hechos que, a su criterio, no han alcanzado la suficiencia demostrativa requerida para arribar a convicción. No obstante, frente a la aparición de hechos esenciales no aportados por aquellas, pero estrechamente vinculados con las pretensiones y defensas articuladas, el juez puede ordenar la práctica de alguna prueba para lograr su esclarecimiento.⁴⁹

Este primer límite entronca directamente con el derecho de las partes a la prueba, que constituye una de las garantías fundamentales de su derecho a la defensa y, en consecuencia, deben valerse de todos los medios legales posibles para satisfacer su descargo y para la conseguir un resultado favorable a sus aspiraciones. El papel de las partes respecto a la prueba ha dejado de ser abordado como un derecho dispositivo para convertirse en una garantía que le coloca en situación de paridad con el juez, a partir del aumento de sus poderes instructorios. Así, el derecho a la prueba solo está limitado por los requisitos legales de carácter objetivo que permiten su entrada al proceso o

⁴⁷ Explica RAMÍREZ CARVAJAL que los límites a la iniciativa probatoria del juez no pueden ser absolutos, ya que “[...] de la misma manera que un poder sin límites se considera arbitrario y violatorio de la política pública, los límites absolutos representan una vulneración a la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva y a los derechos y garantías constitucionales”. Vid. RAMÍREZ CARVAJAL, D. M., *La prueba de oficio. Una perspectiva para el proceso dialógico civil*, p. 103.

⁴⁸ RAMÍREZ CARVAJAL, D. M., “Precisiones constitucionales...”, ob. cit., p. 278.

⁴⁹ Alega MASCOTRA que el significado y metodología de los objetivos de esclarecimiento y averiguación probatorios se encuentran en continuo trabajo de adecuación, a partir del replanteamiento de los principios dispositivo y aportación de parte. Vid. MASCOTRA, M., *Poderes-deberes del juez...*, ob. cit., p. 431. A su vez, MORELLO afirma que “[...] al conceder una razonable expansión a los poderes del juez, [...] se corre el punto de equilibrio a una nueva frontera. Que es dinámica. [...] merced a ello el deber del juez de estar en claro lo lleva a inquirir, a buscar fuentes de prueba, a producir medidas imprescindibles para aproximarse y capturar (reconstruir) la verdad jurídica objetiva [...]”. MORELLO, A. M., *La prueba...*, ob. cit., pp. 16-17.

propician su denegación, relativos a la licitud en la obtención de la fuente de prueba y a su pertinencia y utilidad.

El derecho a la prueba no se agota con el cumplimiento del *onus probandi*, opera también cuando el tribunal ha dispuesto una prueba de oficio. Explica MASCOTRA que “[...] no existe diferencia alguna entre la prueba oficiosa y la prueba a solicitud de parte, en cuanto al mérito y a las formalidades en su práctica”; de ahí que a las partes corresponde el derecho a ejercitar “[...] todas las prerrogativas que les está permitidas en el desarrollo de ellas”.⁵⁰ En ese despliegue defensivo,⁵¹ las partes pueden, primero, impugnar la admisibilidad de la prueba de oficio, en la misma medida que tienen que proponer pruebas pertinentes y útiles, la de oficio debe cumplir idénticos requisitos; segundo, formular alegaciones sobre el mérito de la prueba producida, esto es, ofrecer su versión de los hechos sobre los cuales recae; tercero, participar en el control y producción de la prueba, por ejemplo, mediante el interrogatorio y repreguntas a testigos, o de la recusación de los peritos designados; cuarto, contrarrestar la eficacia de las pruebas aportadas de contrario, a través de los medios regulados en la ley, para convencerle sobre la verdad de los hechos o para contradecir la que pretende aproximarse la contraparte; quinto, refutar su resultado, a través de cuestionamientos sobre la idoneidad de los testigos, o de objeciones a los informes periciales, por ejemplo. Para el juez, por su parte, comporta la observancia de las garantías señaladas.

Se torna imprescindible, para que el proceso cumpla su cometido esencial, que en todo momento se respeten los principios de igualdad y contradicción, respecto a cualquier tipo de iniciativa probatoria. Por ello, para que una disposición decretada de oficio adquiera plena eficacia, quienes resulten afectados por ella deben contar con la oportunidad de conocer su contenido, para luego ser escuchados, oponérsele o ejercitar su derecho a contraprueba; actuaciones que conforman una labor de control sobre la producción probatoria del tribunal y que tributan a equilibrar el ejercicio de sus poderes instructorios,⁵²

⁵⁰ MASCOTRA, M., *Poderes-deberes del juez...*, ob. cit., p. 436.

⁵¹ Expresa RAMÍREZ CARVAJAL que “El derecho a probar comprende para las partes la oportunidad de presentar en el juicio todas las pruebas que considere necesarias. Esto es principio de aportación de parte, el derecho a una defensa técnica, la prohibición de autoincriminación probatoria y a controvertir toda la prueba que se alegue en su contra; se expresan con las garantías constitucionales de legítima defensa, y con el derecho democrático a tener una posición apta para influir en el desarrollo exitoso del proceso”. Vid. RAMÍREZ CARVAJAL, D. M., “Precisiones constitucionales sobre los poderes...”, ob. cit., p. 281.

⁵² Por ello, MORELLO afirma que “[...] a más facultades (o deberes o poderes) mayor bilateralidad y controles”. Vid. MORELLO, A. M., *El proceso civil moderno...*, ob. cit., p. 297. Según PARRA QUIJANO,

a fin de que no se produzcan arbitrariedades. Como el contradictorio procesal solo es posible si ambas partes tienen iguales posibilidades de defensa, corresponde al juez su satisfacción, a través de los poderes con que cuenta para su mantenimiento.

Otro límite a la actividad probatoria del juez se encuentra en las fuentes de prueba que obran en las actuaciones, en el entendido de que no puede sobrepasarlas. Con ello se pretende evitar que el juzgador encuentre las razones de su convencimiento fuera del proceso,⁵³ sin tener en cuenta la labor realizada por las partes en la recopilación y aportación del material probatorio; dado que a ellas corresponde la carga de la prueba.⁵⁴ Como objetivo inmediato de esta limitante se aprecia el reforzamiento de la imparcialidad judicial, ya que no puede investigar fuentes diferentes a las aportadas y, derivado de él, como propósito mediato, se busca potenciar la confianza que los justiciables deben depositar en el juez.

No puede dejar de observarse, además, el deber de motivación de las decisiones judiciales que, por su naturaleza y finalidad, lo requieren. Constituye una exigencia legal el razonamiento del Derecho objetivo aplicado a los hechos de un caso, que no puede sustentarse en la voluntad privada del juez. Los poderes instructorios están requeridos –como contrapartida– de una fundamentación suficiente de la necesidad de su práctica. Se trata de una exigencia que el juez no puede eludir, ya que su aplicabilidad está ligada a su prudente arbitrio y,

“[...] será este acrecimiento de mutua confianza entre magistrados y defensores, el cumplimiento, y en ciertos casos el temperamento más preciso, de los acrecentados poderes del juez: al lado del juez durante todo el curso de la audiencia instructoria, podrá el abogado advertirlo siempre con su palabra viva precisamente en el instante en que esté a punto de ejercer, mediante la ordenanza oral, sus poderes”. *Vid* PARRA QUIJANO, J., *Racionalidad e ideología en las pruebas de oficio*, p. 222.

⁵³ Para STEIN, “Solo puede tener importancia a la hora de establecer la distinción el modo en que el juez ha adquirido su saber, esto es, que la máxima de la experiencia le haya sido comunicada, ya elaborada, por peritos u otras personas, o que la haya formado el mismo, por su propia experiencia [...]. Desde este punto de vista, solo es saber oficial el adquirido en el ejercicio de su actividad oficial, es decir, el obtenido por las pruebas efectuadas en el proceso, y precisamente en el que se sigue”. *Vid*. STEIN, F., *El conocimiento privado del juez. Investigaciones sobre el derecho probatorio en ambos procesos*, p. 91.

⁵⁴ Según ALSINA, “[...] a las partes corresponde la carga de la prueba, no solo en cuanto a su ofrecimiento sino también a su producción. El juez no puede ordenar la agregación de documentos de que las partes no hubieran hecho mérito, ni la citación de terceros cuyo testimonio no hubieran solicitado [...]”. *Vid*. ALSINA, H., *Tratado teórico práctico...*, t. II, ob. cit., pp. 242-243.

debido a ello, le corresponde razonar su legitimidad. Recuérdese que la motivación que el tribunal realiza sirve, luego, para la interposición de los recursos correspondientes y para la labor de control que desarrollan los tribunales superiores.

Cada uno de estos límites busca la protección de un objeto específico en el marco de la actividad jurisdiccional. Se trata de la eficacia del mecanismo a través del cual se desarrolla esta, el proceso, a partir de la valoración de los hechos controvertidos; de los principales atributos de quien lo dirige, el juez, fundamentalmente su imparcialidad, y, sobre todo, de la garantía de los derechos más elementales de quienes reciben sus efectos, las partes, específicamente el de defensa. Solo mediante el cumplimiento de estas directrices la prueba de oficio logra su cometido y se convierte en una herramienta efectiva de la tutela judicial.

3.4. LA PRUEBA DE OFICIO EN EL CP CUBANO

Como complemento de la labor de las partes en la aportación de los medios probatorios, el CP convierte al juez en sujeto agente de la prueba. Su ineludible deber de dictar una sentencia motivada justifica la regulación de esta prerrogativa y, sobre todo, su efectiva utilización por el juzgador. Cualquier análisis que se haga sobre esta institución en el CP debe partir, necesariamente, de que esta norma regula cuatro modalidades procesales en que se ventilan derechos e intereses de diferente naturaleza. Tales diferencias condicionan la configuración de los principios procesales y, derivado de ello, el actuar de las partes y del juez en cada escenario y, con mayor incidencia, respecto al alcance de su iniciativa probatoria. Por eso, MENDOZA DÍAZ afirma que en el CP “[...] el balance entre la carga de la prueba que se atribuye a las partes y las facultades probatorias del tribunal no es uniforme; este reparto se modula acorde a los tipos de procesos que cohabitan en la nueva ley”.⁵⁵

Otro elemento a destacar es la declaración del papel activo el juez como principio procesal, en el artículo 7 del referido cuerpo legal; activismo judicial que procura que el juzgador encarne, eficazmente, la dirección del proceso en todos sus órdenes. Empero, no es necesario acotar el objetivo que se debe “perseguir” en el desempeño de la función jurisdiccional. Primero, porque su actuación no se circunscribe a un único ámbito, pues abarca tanto el aspecto formal del proceso como el material; segundo, porque ajustarlo al logro de

⁵⁵ MENDOZA DÍAZ, J., “Carga de prueba...”, ob. cit., p. 356.

“certeza” sobre los hechos puede traer a colación algunos inconvenientes respecto a la finalidad de la prueba, máxime cuando la regulación de la prueba de oficio establece una clara distinción entre asuntos disponibles e indisponibles, pues en los primeros se deben observar ciertos límites que en los últimos no se aprecian y se sustituyen por una acentuación de la iniciativa oficiosa, en busca de un horizonte probatorio que le permita arribar a “convicción”. Súmese a lo dicho, la presencia de un poder extraordinario (cfr. artículos 62 *in fine* y 547.1 del CP), respecto a la existencia de hechos sobrevenidos, o de indicios, que lejos de despejar las dudas sobre el objetivo de la prueba, las acrecientan.

Al decir de MENDOZA DÍAZ, “Las herramientas que el Código ofrece al juez activo a que hace referencia el artículo 7, están desarrolladas en el artículo 292”;⁵⁶ aunque no son las únicas.⁵⁷ El apartado segundo del artículo 292 establece que el tribunal puede disponer, de oficio, en cualquier estado del proceso, la práctica de las pruebas que considere necesarias para el esclarecimiento de los hechos controvertidos;⁵⁸ mientras que el tercero extiende esa posibilidad, con mandato imperativo, a las fuentes de prueba que no obran en actuaciones, en el caso de los conflictos familiares y los del trabajo y la seguridad social. Adviértase que en relación con el apartado segundo, no se especifica el tipo procesal a que se circunscribe esta actividad, ya que su regulación opera como regla general para todos los procesos que conviven en la norma.⁵⁹ Ello se debe a que la prueba de oficio es siempre subsidiaria a la actividad de las partes; por lo que rige el principio de la necesidad

⁵⁶ MENDOZA DÍAZ, J., “El juez cubano en el contexto del nuevo modelo probatorio del Código de Procesos”, *Revista Cubana de Derecho*, V Época, Vol. II, No. 1, enero-junio 2022, p. 305.

⁵⁷ También en el orden material, cfr. artículos 60, 240, 293, y los artículos 62 *in fine* y 547.1 del CP que, respectivamente, regulan el poder de citación a las partes para interrogarlas sobre los hechos, el poder cautelar de oficio, la inversión de la carga de la prueba y el poder instructorio ante el surgimiento de hechos sobrevenidos.

⁵⁸ La regulación de la prueba de oficio en el CP cubano se parece bastante a la del Código General del Proceso de Colombia, que la establece para cuando sea necesario esclarecer los hechos objeto de la controversia (artículo 170). Sin embargo, el colombiano es superior, no solo porque regula que la prueba dispuesta por el tribunal se somete a debate de las partes, sino porque entre los deberes del juez se encuentra su empleo para verificar los hechos alegados por las partes. Esta labor es cognoscitiva, encaminada a alcanzar la verdad sobre los hechos.

⁵⁹ Opinión de MENDOZA DÍAZ, al plantear que el referido precepto “[...] bifurca la iniciativa probatoria del tribunal en dos direcciones, una general, para todos los tipos de procesos, y otra específica, dirigida a los asuntos de familia y a los del trabajo y la seguridad social”. *Vid.* MENDOZA DÍAZ, J., “El juez cubano...”, *ob. cit.*, p. 305.

probatoria, con el objetivo de lograr el esclarecimiento de los hechos debatidos, cuando no están suficientemente probados.

Entonces, ¿cómo interpretar el artículo 293.3 del CP? En este apartado se observa una intención de mandato del legislador, al juez, para que en los procesos de marcado carácter social, cuya naturaleza es indisponible, disponga las pruebas necesarias para alcanzar convicción sobre los hechos. Nótese que la voz “dispone”, a diferencia de los acostumbrados “puede” o “podrá” delante, constituye un deber para el juez, no un poder discrecional, por lo que queda prácticamente “obligado”, frente a la carencia de evidencias suficientes, a ordenar la prueba que le sirva para llenar ese vacío. Otro elemento a destacar, en esta sede, es que no se ajusta la labor del juez a los hechos discutidos en el proceso, sino que se expande a aquellos cuya fuente se encuentra fuera, con el objetivo de alcanzar la verdad. Empero, debe acotarse que no todos los procesos familiares recaen sobre materias indisponibles, ni sobre el connotado principio de protección a infantes y adolescentes. No constituye una obligación que en todos los casos se practique una prueba de oficio, como tampoco que el juez salga a buscar la verdad extraprocesal; aunque ello resulte inexcusable en determinadas ocasiones.

Llama la atención que el legislador coloca, para los denominados procesos sociales, el criterio de la convicción⁶⁰ y no el de la certeza,⁶¹ como lo hace en el artículo 7, lo cual crea incertidumbre respecto al significado de cada una, en el entendido de si se emplean como sinónimos o si tienen un contenido diferente respecto al grado de convencimiento que debe alcanzar el juzgador

⁶⁰ PÉREZ GUTIÉRREZ advierte sobre la ambivalencia respecto al uso de los términos certeza, convicción y verdad en el CP; así, “La ley parece marcar la pauta de que la actuación jurisdiccional debe ir a la búsqueda de certeza, no de la verdad, dada su especial subjetividad; sin embargo, se utilizan –indistintamente– certeza, convicción y verdad en diferentes preceptos. V. gr., certeza, artículos 7, 315, 500 y 627; convicción, artículos 292 y 331; verdad, artículos 331, 362, 368 y 380”. Vid. PÉREZ GUTIÉRREZ, I., “Un nuevo modelo procesal al servicio de las familias cubanas”, *Revista Cubana de Derecho*, V Época, Vol. II, No. 1, enero-junio 2022, p. 388.

⁶¹ El artículo 188 del Código Procesal Civil de Perú establece que la finalidad de la prueba radica en producir certeza en el juez respecto de los puntos controvertidos. Por su parte, el artículo 134 del Código Procesal Civil de Bolivia regula que el tribunal averiguará la verdad material de los hechos alegados por las partes; el apartado cuarto del artículo 42 del Código General del Proceso de Colombia dispone que el juez debe emplear los poderes que la ley le concede en materia de pruebas de oficio la potestad del tribunal para verificar los hechos alegados por las partes; el artículo 5.6 del Código Procesal Civil de Costa Rica regula la potestad del juez para procurar la búsqueda de la verdad. No regula la prueba de oficio el Código Procesal Civil de Nicaragua, cuyo artículo 231 establece que las pruebas solo se practicarán a instancia de parte; no obstante, identifica como su finalidad la de convencer al tribunal de la verdad o certeza de los hechos, identificando ambos conceptos.

en cada escenario.⁶² Tal es así, que el propio MENDOZA DÍAZ refiere que “[...] en los procesos de familia y en los del trabajo y la seguridad social, le impulsa a lograr ‘convicción’ sobre los hechos, lo que le abre su ámbito cognoscitivo, con el propósito de que logre alcanzar la mayor certeza posible sobre lo que realmente ocurrió”; y, a un tiempo, afirma que en el cumplimiento de su “[...] cometido cognoscitivo en los procesos de tutela reforzada [...], el proceso probatorio debe diseñarse como un escenario de construcción de la verdad, en el que el juzgador refuerza su iniciativa probatoria, que [...] le posibilite arribar a conclusiones lo más cercanas posible a la realidad de los hechos. Es evidente que el legislador evitó utilizar el controvertido término ‘verdad’, para describir su cometido epistémico y utilizó ‘convicción’, pero no lo acotó solo a las ‘afirmaciones’, sino que lo dejó abierto, para poder abarcar a los acontecimientos de la realidad”.⁶³ Al parecer, en la propuesta del CP, la aspiración de aproximarse la verdad solo tiene sentido para los procesos indisponibles, cuando debería serlo en todos campos de la impartición de justicia.

El CP supera el vetusto instituto de las pruebas para mejor proveer, de raigambre decimonónica, que condicionaban la actuación del tribunal a la verificación de ciertos requisitos; al tiempo que su práctica quedaba relegada a la fase conclusiva del proceso. Ahora se erige como herramienta procesal de indagación al servicio del juez, como atributo procesal genérico. Sin embargo, no se coincide con MANTECÓN RAMOS en que es un instrumento a utilizar por el juez “[...] sin sujeción a ningún presupuesto ni condicionamiento, siempre que se

⁶² Es muy compleja la labor de determinar los significados de estos términos. Según MORELLO, “[...] no se trata de llegar a la verdad ni tampoco de alcanzar la justicia objetiva (el juez busca y se conforma con la certeza), ya que estos son conceptos cuyos logros, a veces, exceden la capacidad humana. Pero el juez debe estar convencido de que los hechos sucedieron de determinada manera y resolver el litigio sin que le queden dudas del sentido y de la justicia de su decisión”. Vid. MORELLO, A. M., *El proceso civil moderno*, p. 356.

⁶³ MENDOZA DÍAZ, J., “El juez cubano...”, ob. cit., pp. 305 y 306. Sostiene PÉREZ GUTIÉRREZ que, “En sede familiar resulta de vital importancia que el tribunal indague sobre los hechos, disponga pruebas, escuche a las partes y no limite su actuación a acatar como válida la versión de quien ha ‘acreditado’ mejor ‘su verdad’. Por ello, el Código de Procesos establece la necesaria posición activa de magistrados y jueces, con el propósito de lograr la certeza sobre los hechos; postura que afianza en el capítulo dedicado a las potestades y facultades de los tribunales (artículos 55 al 64) al establecer disposiciones de oficio en cuanto a la adopción de medidas para mantener la igualdad procesal, aplicación de conminaciones ante la falta de cumplimiento voluntario de sus decisiones, hacer comparecer a las partes para interrogarlas sobre los hechos del litigio, pronunciamientos sobre prueba y posibilidad de apreciación/resolución sobre cuestiones no propuestas por las partes”. PÉREZ GUTIÉRREZ, “Un nuevo modelo procesal...”, ob. cit., p. 388.

requiera un mayor abundamiento probatorio”;⁶⁴ disentimiento que obedece, primero, a los límites a la iniciativa probatoria antes descritos; segundo, a que ni siquiera en los procesos que rebasan el ámbito estrictamente privado, la prueba de oficio puede ejercitarse sin tener en cuenta las garantías constitucionales del proceso y; tercero, a que es evidente que con la prueba de oficio, en todos los escenarios, se persigue el objetivo de lograr un esclarecimiento de los hechos, “[...] más allá de un umbral mínimo de complacencia judicial”.⁶⁵

Respecto a sus límites, constituye un acierto que el apartado segundo del artículo 292 regule como límite directo los hechos controvertidos. Por tratarse de los hechos debatidos en juicio comporta cierta actividad previa de las partes, de ahí que las fuentes de los que derivan hayan sido incorporadas también al proceso por ellas. Se extraña, como cierre del citado precepto, el respeto al derecho a la defensa de los justiciables, como regulan otros ordenamientos procesales⁶⁶ y cuyo fundamento radica en el artículo 2.1 del CP y en el 94 constitucional.

La iniciativa probatoria de oficio no concluye con la disposición genérica del artículo 292. Puede el tribunal ordenar una nueva práctica de la prueba pericial, cuando los peritos que han rendido informe no están de acuerdo (artículo 359.2); la realización de reproducciones de documentos, cosas y lugares que sean de influencia decisiva en el proceso (artículo 371); la celebración de careo entre testigos cuyas declaraciones contradictorias sean determinantes para la resolución final (artículo 391); las diligencias de prueba para resolver sobre la admisión de la audiencia en rebeldía (artículo 502); las interrogantes sobre aspectos que considere necesarios, durante la emisión de los alegatos finales de las partes (artículo 549); llamar a peritos para la comprobación la autoría del testamento ológrafo y recibir información de los testigos propuestos; y las diligencias propuestas por el tribunal en los expedientes de jurisdicción voluntaria (artículo 615). Así, no son pocas las posibilidades que tiene el juez para arribar a convencimiento sobre la realidad de los hechos debatidos en juicio.

⁶⁴ MANTECÓN RAMOS, A., “Notas para una primera aproximación...”, ob. cit., p. 275.

⁶⁵ MENDOZA DÍAZ, J., “Carga de prueba...”, ob. cit., p. 361.

⁶⁶ Cfr. el apartado cuarto del artículo 36 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación argentina, en cuya virtud el juez puede ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes; del Código General del Proceso de Uruguay, el mismo numeral de su artículo 24 lo faculta para alcanzar idéntico objetivo, con igual límite.

3.5. EL PODER INSTRUCTORIO CONTENIDO EN LOS ARTÍCULOS 62 Y 547.1. DEL CP

Existe en el CP, heredado de la LPCALE, un poder instructorio, de carácter extraordinario, que permite al juez la incorporación de nuevos elementos al proceso, no debatidos en la fase de alegaciones, pero que guardan relación estrecha con el objeto del proceso y del debate.⁶⁷ Así, mantiene vigente el artículo 45 de la ley anterior, ahora en su numeral 62, *in fine*. El tribunal puede resolver sobre aspectos no contenidos en las cuestiones oportunamente propuestas por las partes, siempre que guarden relación con ellas y se encuentren dentro de su competencia. Antes de dictar sentencia, tiene el deber de instruir a las partes de los nuevos elementos y les concede un plazo para que realicen sus alegaciones y propongan las pruebas que estimen convenientes. La presencia de este precepto establece una clara excepción a los principios dispositivo material y aportación de parte, y aunque no está relacionado directamente con la prueba, su propósito se encamina a la obtención de la verdad material.

Tal es así, que el legislador tiene a bien reforzar este poder (artículos 547.1 y 548), al colocar, en el momento conclusivo del proceso, la posibilidad de que el tribunal, con sustento en el resultado de los hechos debatidos y de las pruebas practicadas, advierta la posibilidad de pronunciarse en su sentencia sobre aspectos no incluidos en las cuestiones inicialmente planteadas por las partes. Sin prejuzgar el fallo, instruye a las partes para que, en sus alegatos conclusivos, le ilustren al respecto y, tal efecto, señala los puntos sobre los que concretamente deben pronunciarse. Se garantiza así su derecho a la defensa.⁶⁸

⁶⁷ La regulación del artículo 195 del Código Procesal Civil de la República Socialista Federativa Soviética de Rusia de 1964 es inequívoca, y establece literalmente: "Con relación a las circunstancias comprobadas en el curso de la demanda, el tribunal puede sobrepasar los límites de las demandas presentadas por el actor, si ello es necesario para la defensa de los derechos e intereses legítimos de las instituciones estatales, de las empresas, de las factorías colectivas y de las otras cooperativas y de los ciudadanos". De esta forma, el legislador soviético regula claramente en qué supuestos puede el juez saltarse la congruencia, o sea, cuando se trata de intereses estatales, colectivos y superiores a los puramente individuales. Sobre esto, explica GURVICH que "[...] entran en el ámbito de la probación judicial los hechos que el tribunal considera sustanciales para la resolución del litigio, aun cuando las partes no los invoquen. La independencia del Tribunal Soviético respecto de los hechos, señalados por las partes y su derecho de investigar también otros hechos, sustanciales para el asunto, asegura la posibilidad de hallar la verdad en el litigio [...]". Vid. GURVICH, M. A., "Pruebas judiciales", en M. A. Gurvich (dir.), *Derecho Procesal Civil Soviético*, p. 227.

⁶⁸ Ello en virtud de la garantía de establecer sus alegaciones y los medios de prueba que consideren pertinentes y útiles a sus propósitos, pero también porque si alguna de las partes manifiesta no estar suficientemente preparada para la discusión de los aspectos sugeridos por el tribunal, en el acto oral de cierre, puede solicitar su traslado para fecha posterior. Cfr. artículo 547.2 en relación con el 62 b) del CP.

La doctrina cubana ha dicho que se trata un poder cuyo empleo solo es posible en los procesos de tipo indisponible,⁶⁹ en que la búsqueda de la verdad se convierte en propósito de la actividad probatoria de oficio; objetivo que se encuentra claramente incluido en el artículo 292.3. Empero, al ubicarse en la parte general del CP, este poder irradia hacia todos los procesos y puede resultar de aplicación si el tribunal lo considera necesario; máxime cuando no se establecen reglas respecto a su uso en un tipo procesal u otro, como ocurre con la prueba de oficio. No queda completamente clara, en el trazado teórico de la norma⁷⁰, la supuesta “renuncia” a la búsqueda de la verdad como finalidad de la prueba en lo civil.

Se trata de un poder extraordinario que le permite al juez “saltarse” la congruencia cuando no tiene claridad sobre lo planteado y debatido en juicio, producto de la presencia de nuevos elementos que requieren el despliegue de una mayor actividad procesal. Su carácter instructorio pone a las partes en conocimiento de nuevos aspectos sobre los que el juzgador necesita escuchar

⁶⁹ Según MENDOZA DÍAZ, el principio de oficialidad “[...] encuentra cabida en aquellos tipos procesales en los que el derecho que se aplica no es disponible por existir un interés superior tutelado, como son las relaciones de familia, los daños al medioambiente, el derecho de los consumidores y usuarios, etc. Sin que tenga una delimitación totalmente clara, un matiz de este principio podemos verlo manifestado en [...] el artículo 45 de la LPCALE”. Vid. MENDOZA DÍAZ, J., *Derecho Procesal...*, ob. cit., p. 199. En otro momento aduce que “[...] en la reforma al proceso civil en el año 1974, al juez civil se le dotó de una facultad exorbitante, contenida en el artículo 45 de la Ley, que le posibilita pronunciarse sobre asuntos no incorporados por las partes al proceso. Se trata de un palmario alejamiento del tradicional principio dispositivo material, que reserva exclusivamente a las partes la conformación del objeto del proceso. Esta facultad, ajena al proceso civil incluso en una sociedad socialista, tiene su única justificación en el hecho de que en el proceso civil cubano se tramitan también los asuntos de familia, donde la indisponibilidad de los derechos en conflicto le permite al tribunal un irrestricto ámbito de decisión”. Vid. MENDOZA DÍAZ, J., “Un acercamiento al proceso civil...”, ob. cit., p. 121. Sin embargo, resultaba de aplicación a todos los procesos por encontrarse regulado en la parte general de la LPCALE, sin límites en cuanto a su utilización en modalidades procesales específicas.

⁷⁰ Recuérdese que este poder ha sido de muy escasa utilización durante la vigencia de la LPCALE, prácticamente ninguna. En todo caso, la utilización de los poderes materiales depende del juez actuante, pues como aprecia MANTECÓN RAMOS, “El juez, por más que se le comine a que sea inquisitivo y proactivo, va a dosificar ese activismo en función de la objetividad de cada proceso. En resumen, los discursos en pro del activismo judicial, llevados al extremo, dejan de entender que en la mecánica cotidiana de sustanciación de procesos civiles, hay muchos en los que el juez se limitará a adoptar la posición receptiva que caracterizó históricamente el manejo de esta área de la conflictividad humana en los tribunales de justicia. No obstante, la vida lo irá diciendo, y con la aplicación práctica del Código, se creará seguramente un punto de inteligencia media que nos dirá, no tanto cuál es el grado medio de activismo deseable, sino cuál es el nivel de activismo posible”. Vid. MANTECÓN RAMOS, A., “Notas para una primera aproximación...”, ob. cit., pp. 269-270.

sus apreciaciones y, en consecuencia, están requeridos de prueba. Pero ello no se traduce en iniciativa probatoria de las partes, porque no son ellas las que introducen los “nuevos hechos” al proceso, sino el tribunal, a partir de lo debatido en las actuaciones. Tampoco se trata de iniciativa probatoria de oficio, sino de un poder que tiene lugar a partir de la aparición de indicios, o cuando de las pruebas practicadas surgen nuevos hechos que no alteran sustancialmente lo solicitado, o por la presencia de hechos accesorios.

El actuar oficioso del tribunal no suplanta el objeto del proceso, sino que le permite ampliar o reducir, en casos muy justificados, el cuadro de elementos sobre los que debe fallar. Modificación que tiene carácter excepcional y que precisa una resolución motivada que justifique la decisión tomada, con respecto de las garantías mínimas del proceso, que estriban en el derecho a ser oído y a probar; a lo que se añade el derecho a impugnar las resoluciones judiciales, a través de la denuncia de una posible incongruencia en la vía casacional. Por tanto, el uso de esta herramienta no puede catalogarse de ilegítimo, pues existe regulación legal que empodera al juez para ello, como también existen los mecanismos procesales para dejarla sin efecto si su resultado materializa un exceso en el desempeño de la función jurisdiccional. Esta legitimidad no solo viene dada por la legalidad del precepto, sino porque el mismo CP, como expresión del activismo judicial, faculta al tribunal –en su artículo 64– para actuar según su prudente arbitrio, con criterio racional y sentido de lo justo en el caso concreto, en el marco de lo establecido por la Constitución y las leyes.

Plantea MANTECÓN RAMOS, en su análisis sobre el artículo 45 de la LPCALE –aplicable *mutatis mutandis* a los artículos 62 *in fine* y 547.1 del CP– que “[...] en función de un interés de conocimiento, se permite al órgano que juzga remover el estado del proceso una vez que se ha concretado el *thema decidendi*, se pone de manifiesto que el legislador ha pensado y ha querido diseñar un juez comprometido a fondo con la búsqueda de la verdad. Es esta y no otra la lectura que puede hacerse de un precepto que indudablemente traza pautas, además, en cuanto a la ideología y la función de la prueba.”⁷¹

Se trata de dos preceptos que facultan al tribunal para introducir nuevos hechos, por lo que resultan complementarios a la regulación de la iniciativa probatoria de oficio, pues subvierten la lógica del debate en el proceso civil. El cumplimiento de la formalidad de instrucción procesal que contienen, seguido del debate judicial, conlleva a la conversión de los hechos nuevos en

⁷¹ MANTECÓN RAMOS, A., *Tutela ordinaria del derecho a la prueba...*, ob. cit., p. 50.

controvertidos; de ahí que sobre estos pueda disponerse, con posterioridad, una prueba de oficio. Constituyen un límite a la iniciativa de las partes, por lo que queda libre el camino para la intervención del tribunal respecto al análisis de los hechos debatidos y por debatir, así como de la reconducción de la actividad probatoria sobre ellos.

3.6. LA INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA

El análisis sobre los poderes probatorios del juez se completa con la posibilidad que le otorga la ley para dosificar la carga de la prueba. Resulta verdaderamente revolucionario la inclusión, en el artículo 293, apartados primero y segundo, del CP, que el tribunal de oficio o a petición de parte, puede atribuir la carga de la prueba de determinado hecho a la parte que encuentre en una posición más favorable para demostrarlo, cuando sea notoria su cercanía o relación directa con las evidencias que permiten su verificación.

Esta regulación se corresponde con las denominadas cargas probatorias dinámicas, que surgen a partir de la necesidad de solucionar el problema que representa, para una de las partes, encontrarse en una situación de especial dificultad de cara a la producción de la prueba; de ahí que se flexibilicen las normas de aplicación general, a fin de no colocar en situación de indefensión al litigante que debe prestarla originariamente. El juez, frente a la insuficiencia probatoria que se desgaja de la imposibilidad de cumplir con el *onus probandi*, la desplaza hacia la contraparte; flexibilización que tributa a que el mecanismo probatorio despliegue toda su eficacia,⁷² no con el objetivo de lograr del esclarecimiento de los hechos, sino en aras de alcanzar un balance justo en la atribución de tal responsabilidad.

Con la formulación del artículo 293, explica MANTECÓN RAMOS, “[...] se acerca el CP a la noción de las denominadas cargas dinámicas, que permiten modificar la regla básica de asignación [...]. Así, el tribunal podrá atribuir la carga de la prueba de determinado hecho a la parte que se encuentre en una posición más favorable para demostrarlo, considerando que la parte está en una posición más favorable para probar, en primer orden, cuando sea notoria su cerca-

⁷² EISNER plantea, con agudeza, que se “[...] tiende a justificar, para los casos excepcionales en que corresponde aplicarla, que se libere total o parcialmente al litigante constreñido a probar según las normas clásicas y aun modernas sobre el *onus probandi*, para trasladar y desplazar sobre el demandado dicho esfuerzo verificadorio cuando se halla en mejor disponibilidad de los medios de prueba. Se le imputa a éste, al menos, el deber de colaboración en busca de una eficiente administración de justicia”. Vid. EISNER, I., “Desplazamiento de la carga probatoria”, *La Ley*, 1994-C, p. 846.

nía o relación directa con el hecho y, luego, que la parte a la cual le corresponde demostrarlo se encuentra en una situación de desventaja o imposibilidad para hacerlo”.⁷³ De esta suerte, la norma procesal regula criterios especiales⁷⁴ para la reasignación de la carga probatoria, cuyo objetivo es evitar una *probatio diabólica* o imposible.

Según URIARTE CODÓN, la aplicación de estas reglas especiales, se realiza “[...] de forma directa, mediante la exoneración a un litigante de la carga de probar el hecho que normalmente le hubiera correspondido, con el paralelo gravamen de la contraparte; o bien de forma indirecta, estableciendo presunciones que modifican [...] el *thema probandi*, sin alterar la atribución general”.⁷⁵ Al parecer, el CP acoge la primera variante, como se aprecia de la conjugación del artículo 293.1 con el 294, ya que el litigante que no cumpla con la atribución probatoria que le ordena el tribunal, debe soportar el gravamen de que se tengan por probados los hechos sobre los que recae el desplazamiento probatorio.

En criterio de MUÑOZ SABATÉ, la operación que acomete el juez constituye una rebaja de prueba en el momento de su valoración, por razones de equidad, a partir de la articulada por el litigante compulsado. Derivado de ello, debe tenerse en cuenta el vínculo entre carga y dosis de prueba, en el entendido de determinar en qué medida es necesario el desplazamiento;⁷⁶ es decir, la cantidad o grado de evidencia necesario para cumplimentar la carga que la norma procesal atribuye a cada parte. De esta forma, se evita que los jueces puedan modificar arbitrariamente las reglas del *onus probandi* al momento de dictar el fallo, lo que sin dudas se erige en elemento de estabilidad y seguridad en el proceso.

El dinamismo procesal ofrecido por la inversión de la carga de la prueba ha sido objeto de duras críticas, que pasan por el filtro de los siempre recurrentes temas de la posible ruptura de la imparcialidad judicial y de la igualdad procesal; o del menoscabo del derecho a la defensa. Incluso, un autor de la talla

⁷³ MANTECÓN RAMOS, A., “Notas para una primera aproximación...”, ob. cit., pp. 273-274.

⁷⁴ Con acierto apunta PEYRANO que “[...] el esquema del proceso moderno debe necesariamente estar impregnado por el propósito de ajustarse lo más posible a las circunstancias del caso, evitando así el incurrir en abstracciones desconectadas de la realidad, de tal forma que modernamente se conciba que las cargas probatorias deban desplazar de actor a demandado o viceversa [...]”. Vid. PEYRANO, J. W., *Derecho Procesal Civil*, p. 331.

⁷⁵ URIARTE CODÓN, A., “La inversión de la carga de la prueba”, en X. Abel Lluch y J. Picó I Junoy (dirs.), *Objeto y carga de la prueba civil*, p. 106.

⁷⁶ MUÑOZ SABATÉ, L., *Fundamentos de prueba judicial civil*, p. 180.

de TARUFFO, defensor de la verdad en el proceso civil, aduce que su práctica va en detrimento de la seguridad jurídica.⁷⁷ Esto se debe a que el *onus probandi*, por su carácter general, representa una garantía objetiva para las partes, lo que no sucede de igual forma cuando se ajusta por el tribunal, que puede verse excesivamente influenciado por las características del caso.⁷⁸ Empero, esta institución tiene como objetivo que el juez dicte su sentencia sobre la base de hechos probados, no de lo contrario.

La opción establecida por el CP no admite cuestionamientos respecto a una posible vulneración de la igualdad y la contradicción procesales, como tampoco del derecho a la defensa. Como no se trata de un desplazamiento general, que abarque a todos los hechos –y a todos los medios de prueba propuestos–, sino respecto a aquellos que no resulta propicia su prueba, el juez debe justificar, en términos precisos, su decisión. Debe comprobar que la parte gravada con la nueva distribución se encuentra en contacto directo con el hecho y que la originariamente afectada está imposibilitada de hacerlo. Para ello, la doctrina ha enarbolado los criterios de disponibilidad y facilidad probatorias, que constituyen expresión fehaciente de que el *onus probandi* no es rígido ni absoluto.⁷⁹ La disponibilidad implica que sea la contraparte la que posea el medio de prueba, o que, aun teniéndolo, su menor entidad sea evidente respecto a los que exclusivamente posee la otra. La facilidad implica que la parte contraria se encuentre en una posición ventajosa respecto a la prueba, en términos de su producción, o que la puede incorporar con más prontitud al proceso.

Otro acierto del CP es que evita el factor sorpresivo, pues como paso previo a la alteración de la regla básica debe notificársele a la parte que se encuentra más próxima a las fuentes de prueba. A tales efectos, en atención a los medios de prueba y a los hechos concretos que se intenten probar, el tribunal le otorga un plazo prudencial para su desahogo, decursado el cual –sin que se verifique

⁷⁷ TARUFFO, M., “Casi una introducción”, en J. Nieva Fenoll, J. Ferrer Beltrán y L. Giannini (coords.), *Contra la carga de la prueba*, p. 13.

⁷⁸ Afirma MENDOZA DÍAZ que “Esta institución exigirá de los jueces cubanos una particular medida al momento de utilizarla, para no revertir el orden natural de las cosas, porque el instituto no significa introducir [...] la inversión de la carga de la prueba en todos los casos en que se perciba que el demandado está en mejores condiciones de probar, lo que dejaría al actor en una posición muy cómoda [...]. Le corresponde, por tanto, a quien pretende beneficiarse de esta fórmula probatoria, evidenciar las dos condiciones básicas de su utilización, a saber, su imposibilidad real de acarrear el material probatorio que necesita, y la mejor posibilidad del demandado para hacerlo”. Vid. MENDOZA DÍAZ, J., “El juez cubano...”, ob. cit., p. 302.

⁷⁹ Vid. PAZOS MÉNDEZ, S., “Los criterios de facilidad y disponibilidad probatoria en el proceso civil”, en X. Abel Lluch y J. Picó I Junoy (dirs.), *Objeto y carga...*, ob. cit., p. 83.

dicha actividad— los tendrá como acreditados. De esto último, sin embargo, salta a la vista una interesante cuestión, en relación con el momento en que opera la referida inversión de la carga de la prueba. Como regla de valoración, la carga de la prueba cobra sentido para el tribunal a la hora de dictar sentencia, momento en el que su práctica ya ha precluido. Si es este el momento oportuno, la parte que se afecta con su aplicación queda desprotegida, pues adquiere conocimiento de ella con la sentencia, instante en el que ya no podrá desplegar ninguna estrategia procesal. Pero como estas reglas cumplen una función de reparto de los hechos a probar, e informan a las partes de los que a cada una corresponde acreditar para que la ausencia de prueba no le perjudique, nada obsta para que en la audiencia preliminar o en momento posterior, el juez practique esta diligencia.

En la misma medida que el juez cuenta con iniciativa para disponer la prueba de oficio, con el fin de esclarecer los hechos controvertidos, con respeto de los límites legales establecidos, debe poner en práctica este poder cuando se enfrenta a un caso en que la insuficiencia probatoria no dimana de la carga probatoria satisfecha, sino de la que no se ha podido desplegar porque al sujeto agente de la prueba le resulta imposible. Agotar esta posibilidad evita que persistan en el juzgador, dudas sobre los hechos controvertidos en el momento de dictar sentencia. Entonces, el régimen adoptado por el CP es necesario y encaja perfectamente en el modelo constitucional de la tutela judicial efectiva, cuya expresión procesal es la consumación de un juicio útil y justo para las partes.

4. COMENTARIO DE CIERRE

El CP pone en manos del juez amplios poderes para desempeñar su papel de dirección del proceso con eficacia y en función de un resultado útil y justo, tanto en el formal como en el material. En materia de esclarecimiento de los hechos, son varias las oportunidades que la nueva ley procesal ofrece para que el juez rebase los contornos de la duda y emita un fallo lo más próximo a la realidad de los hechos. Los poderes asociados a los cometidos de la audiencia preliminar y a la citación de las partes, testigos y peritos para su interrogatorio sobre los hechos del proceso, la prueba de oficio, las cargas probatorias dinámicas y sus poderes instructorios extraordinarios le convierten en sujeto garante de la tutela judicial. Queda en manos del juzgador el anhelo de una impartición de justicia eficaz y transparente, cuya materialización depende, en buena medida, del uso efectivo que realice de los poderes que le otorga la ley, fundamentalmente en materia de prueba.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABEL LLUCH, X. y J. PICÓ I JUNOY, "La iniciativa probatoria del juez civil. A propósito de un caso", en X. Abel Lluch y J. Picó I Junoy (coords.), *Los poderes del juez civil en materia probatoria*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2003.
- ABEL LLUCH, X., "La función conciliadora en la audiencia previa: presupuestos, facultades judiciales y límites", *Revista Jurídica Valenciana*, No. 30, 2013, pp. 1-26.
- ALMAGRO NOSETE, J., "Garantías constitucionales del proceso civil", *Justicia. Revista de Derecho Procesal*, No. 1, 1981, pp. 11-42.
- ALSINA, H., *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, t. II, Ediar Sociedad Anónima Editores, Buenos Aires, 1957.
- ANDUX ALFONSO, R. A. y J. MANSO LACHE, "De las facultades del tribunal", en I. Pérez Gutiérrez, (coord.), *Derecho Procesal Civil*, Félix Varela, La Habana, 2016.
- BERIZONCE, R. O., "Activismo judicial y participación en la construcción de las políticas públicas", *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, Vol. 36, No. 36, 2010, pp. 1-22.
- BUJOSA VADELL, L. M., "De iudicio. Variaciones en torno a la potestad y al acto de juzgar", *Ars Iuris Salmanticensis*, Vol. 2, junio 2014, pp. 49-79.
- BUJOSA VADELL, L. M., "Los principios del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012) desde la perspectiva española", *Revista General de Derecho Procesal*, No. 31, septiembre 2013, pp. 268-303.
- CAPPELLETTI, M., *La oralidad y las pruebas en el proceso civil. Proceso oral y proceso escrito*, Olejnik, Santiago de Chile, 2019.
- COMOGLIO, L., *Riforma processuale e poteri di giudice*, Giappichelli, Turín, 1996.
- DAMAŠKA, M., *Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1986.
- DE SOLÓRZANO Y RENAU, J., *Estudios sobre la prueba en el proceso civil cubano*, Ciencias Sociales, La Habana, 1987.
- EISNER, I., "Desplazamiento de la carga probatoria", en *La Ley*, 1994-C.
- EXTEBERRÍA GURIDI, J. F., *Las facultades judiciales en materia probatoria en la LEC*, tirant lo blanch, Valencia, 2003.
- GUASP DELGADO, J., *Juez y hechos en el proceso civil*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1943.
- GUASP DELGADO, J., *Estudios jurídicos*, Civitas, Madrid, 1996.
- GURVICH, Mark A. (dir.), *Derecho Procesal Civil Soviético*, trad. de Miguel Lubán, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México D.F., 1971.

- MANTECÓN RAMOS, A., *Tutela ordinaria del derecho a la prueba en el proceso civil*, Ediciones ONBC, La Habana, 2010.
- MANTECÓN RAMOS, A., *Introducción al Derecho Probatorio*, Ediciones ONBC, La Habana, 2016.
- MANTECÓN RAMOS, A., "Notas para una primera aproximación a la prueba en el Código de Procesos", *Revista Cubana de Derecho*, V Época, Vol. II, No. 1, enero-junio 2022, pp. 265-292.
- MASCIOTRA, M., *Poderes-deberes del juez en el proceso civil*, Astrea, Buenos Aires, 2014.
- MENDOZA DÍAZ, J., "Un acercamiento al proceso civil cubano", en J. Mendoza Díaz (coord.), *Panorama del Derecho Procesal hispanocubano*, tirant lo blanch, Valencia, 2012.
- MENDOZA DÍAZ, J., *Derecho Procesal. Parte General*, Félix Varela, La Habana, 2015.
- MENDOZA DÍAZ, J., "Carga de prueba, estándares probatorios y prueba de oficio en el nuevo modelo procesal cubano", en M. M. Bustamante Rúa, A. Henao Ochoa y D. M. Ramírez Carvajal (coords.), *Homenaje a Michele Taruffo. Un jurista del futuro. El legado de Taruffo para Latinoamérica*, Institución Universitaria de Evigando-Red para el Estudio del Proceso y la Justicia, Medellín, 2021.
- MENDOZA DÍAZ, J., "El juez cubano en el contexto del nuevo modelo probatorio del Código de Procesos", *Revista Cubana de Derecho*, V Época, Vol. II, No. 1, enero-junio 2022, pp. 293-316.
- MONTERO AROCA, J., "Juicio crítico de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Conmemoración no festiva de su centenario", en F. Ramos Méndez (Ed.), *Para un proceso civil eficaz*, Ed. Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra, 1982.
- MORELLO, A. M., *La prueba. Tendencias modernas*, Librería Editora Platense, La Plata, 1991.
- MORELLO, A. M., *El proceso civil moderno*, Librería Editora Platense, La Plata, 2001.
- MUÑOZ SABATÉ, L., *Fundamentos de prueba judicial civil*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2001.
- OBANDO BLANCO, V., "Constitucionalidad de la iniciativa probatoria del juez en la proposición de la prueba de oficio en el proceso civil", *Revista Oficial del Poder Judicial*, Vol. 4, No. 4, julio-diciembre 2008, pp. 155-169.
- PALOMO VÉLEZ, D., "Proceso civil oral: ¿qué modelo de juez requiere?", en *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. 18, Núm. 1, julio, 2005, pp. 171-197.
- PARRA QUIJANO, J., *Racionalidad e ideología en las pruebas de oficio*, Temis, Bogotá, 2004.
- PAZOS MÉNDEZ, S., "Los criterios de facilidad y disponibilidad probatoria en el proceso civil", en X. Abel Lluch y J. Picó I Junoy (dirs.), *Objeto y carga de la prueba civil*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2007.

- PÉREZ GUTIÉRREZ, I., "Un nuevo modelo procesal al servicio de las familias cubanas", *Revista Cubana de Derecho*, V Época, Vol. II, No. 1, enero-junio 2022, pp. 383-409.
- PEYRANO, J. W., *Derecho Procesal Civil*, Ediciones Jurídicas Lima-Perú, Lima, 1995.
- PICÓ I JUNOY, J., *El derecho a la prueba en el proceso civil*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1996.
- PICÓ I JUNOY, J., "La iniciativa probatoria del juez civil: un debate mal planteado", *Revista Oficial del Poder Judicial*, Vol. 3, No. 3, enero-junio 2008, pp. 309-334.
- PICÓ I JUNOY, J., "Presentación", en J. Picó I Junoy, J. Mendoza Díaz y A. Mantecón Ramos, (dirs.), C. De Miranda Vázquez y L. A. Hierro Sánchez (coords.), *La prueba a debate. Diálogos hispano-cubanos*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2021.
- RAMÍREZ CARVAJAL, D. M., *La prueba de oficio. Una perspectiva para el proceso dialógico civil*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008.
- RAMÍREZ CARVAJAL, D. M., "Precisiones constitucionales sobre los poderes de instrucción que tiene el juez", *Revista Diálogos de Saberes*, No. 30, enero-junio 2009, pp. 273-296.
- RAMOS MÉNDEZ, F., "La influencia de la Constitución en el Derecho Procesal Civil", *Justicia. Revista de Derecho Procesal*, No. 1, 1983, pp. 9-40.
- ROSENBERG, L., *La carga de la prueba*, trad. de Ernesto Krotoschin, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1956.
- SACRISTÁN REPRESA, G., "Cuatro consideraciones no muy extensas sobre la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000", *Revista Jueces para la Democracia*, No. 40, marzo, 2001, pp. 30-35.
- SATTA, S., *Manual de Derecho Procesal Civil*, Vol. I, trad. de Santiago Sentís Melendo y Fernando de la Rúa, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971.
- SENTÍS MELENDO, S., *El proceso civil. Estudio de la reforma procesal argentina*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1957.
- STEIN, F., *El conocimiento privado del juez. Investigaciones sobre el derecho probatorio en ambos procesos*, traducción y notas de Andrés de la Oliva Santos, reimp. de la 2ª ed., Temis, Bogotá, 1999.
- TARUFFO, M., "Casi una introducción", en J. Nieva Fenoll, J. Ferrer Beltrán y L. Giannini (coords.), *Contra la carga de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2019.
- TROCKER, N., "Poderes del juez y derechos de las partes en el proceso civil: las enseñanzas del Calamandrei y las reformas procesales en Europa", *Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, No. 7, 2010, pp. 107-130.
- URIARTE CODÓN, A., "Intervención del tribunal en la fijación de los hechos controvertidos", en X. Abel Lluch y J. Picó I Junoy (dirs.), *La audiencia previa*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2010.

URIARTE CODÓN, A., "La inversión de la carga de la prueba", en X. Abel Lluch y J. Picó I Junoy (dirs.), *Objeto y carga de la prueba civil*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2007.

VELÁSQUEZ RESTREPO, C. A., "La audiencia preliminar", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Nos. 87-88, 1990, pp. 177-199.

Recibido: 12/6/2022
Aprobado: 25/7/2022

Este trabajo se publica bajo una Licencia Creative
Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International
(CC BY-NC 4.0)

