

UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Escuela de Derecho

La Iniciativa probatoria del Juez en el proceso

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Profesor Patrocinante: Sr. Andrés Bordali Salamanca.

Pamela Andrea Contreras Matus

Valdivia Chile 2004

Contenido

Informe Profesor Patrocinante .	1
INTRODUCCION .	3
CAPITULO I. PRINCIPIOS PROCESALES INVOLUCRADOS EN LA ACTIVIDAD PROBATORIA DEL JUEZ . .	5
A. PRINCIPIO DISPOSITIVO . .	5
La publicización del proceso .	7
B. PRINCIPIO DE APORTACION DE PARTE . .	9
C. PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD .	10
CAPITULO II. INICIATIVA PROBATORIA DEL JUEZ EN EL PROCESO. .	13
A. CONSIDERACIONES GENERALES . .	13
B. POSTURAS RESPECTO A LA INICIATIVA PROBATORIA DEL JUEZ .	17
C. ARGUMENTOS A FAVOR DE UN JUEZ PASIVO .	20
Incompatibilidad de la iniciativa probatoria del juez respecto al principio dispositivo .	20
El carácter privado del objeto litigioso .	21
Protección del derecho a la prueba de las partes y su actividad probatoria . .	21
Imparcialidad del Juez .	21
D. ARGUMENTOS A FAVOR DE UN JUEZ ACTIVO .	22
No afecta el derecho a la prueba de las partes. .	22
Visión publicista del proceso . .	22
El deber del juez es el de esclarecer la verdad de los hechos controvertidos .	23
No altera la carga de la prueba . .	23
La iniciativa del juez no provoca la eventual pérdida de imparcialidad . .	24
CAPITULO III. INICIATIVA PROBATORIA DEL JUEZ EN EL DERECHO CHILENO . .	27
A. PROCESO CIVIL .	28
El Principio de Presunción de inocencia no es aplicable en materia civil . .	29
La imparcialidad no es contraria a la iniciativa probatoria .	31

Iniciativa probatoria atenuada . .	32
B. PROCESO PENAL .	34
CAPITULO IV. CONCLUSIONES .	39
BIBLIOGRAFIA .	41

Informe Profesor Patrocinante

Señor

Director

Instituto de Derecho Público

Presente.-

Por medio de la presente nota paso a informar la memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de doña PAMELA ANDREA CONTRERAS MATUS, titulada "La iniciativa probatoria del juez en el proceso".

El trabajo de la alumna parte de un problema jurídico concreto, que se refiere al rol del juez en el proceso en relación a la actividad probatoria, con especial consideración si tanto en el proceso civil como en el penal, el juez puede aportar material probatorio, sin que ello importe una conculcación de los principios básicos que deben primar en la actividad procesal, como son, fundamentalmente, los principios de imparcialidad, dispositivo y de aportación de partes.

El lenguaje utilizado, la mayoría de las veces, es adecuado.

En cuanto a la bibliografía utilizada, ésta es completa y actualizada, y se encuentra, en general, bien citada.

Comentando el fondo del trabajo, señalaré la pertinencia del problema tratado y la plausibilidad de las hipótesis propuestas por la alumna. El tema analizado por ella es quizás uno de los más debatidos por la ciencia procesal contemporánea, y abarca más allá de aspectos meramente técnicos, una especial dimensión ideológica del proceso, puesto que se replantea el papel de la jurisdicción como potestad pública independiente e imparcial en la solución de las disputas entre los ciudadanos y la función que en un Estado de Derecho contemporáneo debe desarrollar la jurisdicción. En este orden de cosas, el trabajo que informo en estas líneas sin duda viene a enriquecer la incipiente discusión que al respecto se ha dado entre los juristas chilenos. Las hipótesis propuestas por la alumna se encuentran bien fundamentadas, demostrando un buen criterio y razonamiento jurídicos, aunque en algunos pasajes pudiera haber sido mayor la claridad y la consistencia argumentativa.

De conformidad con lo expresado, informo la presente memoria "Aprobada para empaste" con nota 6.3 (seis coma tres).



ANDRÉS BORDA SALAMANCA
PROFESOR
DERECHO PROCESAL

Valdivia, enero 8 de 2004

INTRODUCCION

En el proceso civil y penal rigen, entre otros, los principios de imparcialidad judicial y de aportación de pruebas. Ambos se encuentran íntimamente vinculados entre sí en lo relativo a las facultades que tiene el juez frente al proceso, especialmente en lo tocante a la posibilidad de aportar pruebas. Cuando el juez se enfrenta a un caso concreto, se puede presentar el problema de que éste no tenga el convencimiento necesario para poder fallar el caso objeto de la litis, debido a que las partes no aportaron las pruebas suficientes o necesarias para poder llegar a la convicción de que cosa es lo justo en el caso respectivo.

Creo que el principal deber del juez es dictar una sentencia justa –o lo más justa posible–, y para ello debe utilizar todos los medios que el ordenamiento jurídico le otorga. Si bien las partes tienen la carga de aportar las pruebas, si el juez no está convencido de cómo ocurrieron los hechos controvertidos, debiera tener plenas potestades para solicitar nuevo material probatorio que le permita formar convicción de que lo que va a fallar es lo justo.

El presente trabajo tiene por fin mostrar al lector la necesidad y conveniencia de entregar al juez iniciativa probatoria, los principios y límites que se deben tener a la luz al momento de entregar esta potestad al juzgador, la manera que esta iniciativa es tratada tanto en nuestro ordenamiento procesal como en el Derecho comparado, y los distintos argumentos que se dan en doctrina, tanto para justificar la existencia de un juez pasivo como activo.

En el capítulo primero, desarrollaré los distintos principios que informan y sirven para

delimitar la actividad probatoria judicial.

En el capítulo segundo, expondré las posturas que encontramos en relación a la iniciativa probatoria judicial y sus respectivos argumentos.

Por último, en el capítulo tercero, desarrollaré el tema desde la perspectiva de nuestro ordenamiento, especialmente en lo relativo a si la iniciativa probatoria judicial se encuentra consagrada en nuestro procedimiento, ya sea civil o penal, como asimismo, delimitar la manera de ejercer esta iniciativa por parte del juez.

CAPITULO I. PRINCIPIOS PROCESALES INVOLUCRADOS EN LA ACTIVIDAD PROBATORIA DEL JUEZ

A. PRINCIPIO DISPOSITIVO

Tradicionalmente, se han confundido dos principios distintos aunque complementarios: el principio dispositivo (*Dispositionsmaxime*), que consiste en “*la disponibilidad que los litigantes tienen sobre el interés privado y sobre la conveniencia de acudir o no al órgano jurisdiccional pretendiendo su satisfacción*”¹, y el principio de aportación de parte (*Verhandlungsmaxime*), en virtud del que las partes tienen el monopolio de aportar al proceso los elementos de hecho y los medios de prueba.

Para Devis Echandía, el principio dispositivo consiste en “*que corresponde a las partes la iniciativa en general y que el juez debe atenerse exclusivamente a la actividad de éstas sin que le sea permitido tomar iniciativas encaminadas a iniciar el proceso ni*

¹ Montero Aroca, Juan. *Los Principios Políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los poderes del juez y la oralidad*. Edit. Tirant lo blanch, Valencia, 2001. p.63

establecer la verdad para saber cuál de ellas tiene la razón en la afirmación de los hechos”².

El fundamento del principio es esencialmente político con matices económicos, se vincula al derecho de propiedad y a la autonomía de la voluntad. Encontramos dicho fundamento en la naturaleza privada del derecho subjetivo deducido en el proceso, en la estructura del modelo económico y jurídico acogido por nuestro ordenamiento y en la existencia de intereses privados reconocidos claramente por nuestra carta fundamental.³

Así, en palabras de Montero Aroca⁴, las características de este principio serían:

1. La actividad jurisdiccional sólo puede iniciarse ante petición de parte. Esto de acuerdo al aforismo *nemo iudex sine actore y ne procedat iudex ex officio*.

2. La determinación del interés cuya satisfacción se solicita a los órganos jurisdiccionales es facultad exclusiva de las partes.

3. Los órganos jurisdiccionales al satisfacer, por medio del proceso y de la sentencia, intereses privados, deben ser congruentes con la pretensión y la resistencia formuladas. *Ne eat iudex ultra petita partium*.

4. Si las partes son las únicas que pueden comenzar la actividad jurisdiccional, recae sobre ellas la continuación de la actividad jurisdiccional y el ponerle fin a ésta, disponiendo del interés cuya satisfacción se solicitaba.

Se debe agregar como otra característica, que este principio se encuentra presente con mayor fuerza en el proceso civil, sin perjuicio de tener en consideración de que igualmente podemos encontrar en él actuaciones oficiosas por parte del tribunal⁵.

En definitiva, el principio en comento comprende la idea que las partes realicen actos en el proceso que importen una disposición del derecho en el plano material, se les considera dueñas de la pretensión procesal, en virtud de la cual deciden sobre la continuación del proceso y su término, y determina el objeto de la litis.

Como contrapartida al principio dispositivo se debe señalar el Principio Inquisitivo o de La Oficialidad, el cual se caracteriza porque el inicio del proceso y la determinación de su objeto dependen de la actuación de ciertos órganos públicos. Tanto el fundamento como la justificación de este principio se encuentra en el predominio del interés público.

La forma de distinguir entre el principio dispositivo y el de oficialidad es, en palabras de Devis Echandía⁶, “el probatorio”; así, será inquisitivo el proceso civil que le otorgue

² Devis Echandía, Hernán. *Compendio de derecho procesal*, tomo I, décima edición. Edit.ABC,Bogotá, 1985.p.188

³ La constitución recoge igualmente el principio dispositivo especialmente al reconocer la propiedad privada (art. 19 n°24) y la libertad de empresa (art. 19 n° 21)

⁴ Cfr.Montero Aroca, Juan. Ob.cit.p. 64

⁵ Por ejemplo, las medidas para mejor resolver (art.159) del Código de Procedimiento Civil (en adelante C.P.C), la prueba de informe de peritos (art. 412); la inspección personal del tribunal (art. 403), etc.

facultades oficiosas sobre las pruebas al juez, aún cuando se mantenga la necesidad de la demanda para iniciarlo (*nemo iudex sine actore*).

El principio inquisitivo se caracteriza en términos generales por:

Tiene una mayor cabida en los procesos penales, sin perjuicio de que en éstos igualmente se presente en algunos casos el principio dispositivo, por ejemplo en los procesos penales por delitos de acción privada.

El inicio de la actividad de jurisdiccional no depende de la decisión de un particular, sino de un órgano público.

El proceso constituye la única forma de obtener tutela.

La determinación del objeto del proceso no es facultad de las partes.

El tribunal no se encuentra sujeto a las alegaciones de las partes, ni a la calificación jurídica que efectúan del hecho.

Los sujetos procesales no pueden ponerle término al proceso.

La publicización del proceso

La concepción propia del siglo XIX, se basaba en que la naturaleza privada de los intereses en juego en el proceso civil significaba que las partes eran las “dueñas del proceso”. Esta idea se funda en la desconfianza del liberalismo frente a toda actividad del Estado y a sus órganos. Los entes jurisdiccionales, según la concepción privatista del proceso, están al servicio de los particulares para solucionar -cuando y como aquellos juzguen conveniente- los conflictos de intereses. De lo anterior derivan los límites impuestos a las facultades del juez en el proceso regulado en el siglo XIX⁷.

Frente a la idea privatista del proceso, a lo largo del siglo XX se ha ido haciendo referencia a la llamada publicización del proceso. Esta concepción arranca de Klein y de la Ordenanza Procesal Civil austríaca de 1895.

Las bases ideológicas de Klein pueden resumirse en dos postulados⁸:

Las controversias entre los particulares son males sociales, producen pérdida de tiempo, de dinero, indisponibilidad de bienes patrimoniales, fomento del odio y de ira entre las partes litigantes

El proceso, en la medida en que bloquea los bienes en espera de la decisión, incide en la economía nacional, en cuanto que toda causa altera la pacífica colaboración, rompe nexos económicos, bloquea valores y los distrae de circulación.

De lo anterior se colige que en el proceso de Klein, el juez no se limita a juzgar sino,

⁶ Cfr. Devis Echandía, Hernán. Ob. cit. p. 180

⁷ Cfr. Montero Aroca, Juan. Ob. cit. p. 66 y ss.

⁸ Cfr. Cipriani Franco. *En el centenario del reglamento de Klein. El proceso civil ente autoridad y libertad*. Academia de derecho y de altos estudios judiciales, Bari, 1995. p. 35

más bien, administra y conduce el proceso desde el inicio hasta el final, para lo cual cuenta con amplios poderes discrecionales, y a quien el legislador asigna la tarea de asegurar que en el proceso sean también satisfechos, junto con los intereses de las partes, los más altos valores sociales. Desde esta perspectiva, la celeridad del proceso asume en Klein una característica esencial del proceso, atendiendo a que el Estado, en sede civil, si bien no tiene interés en el objeto del litigio, tiene interés en el modo en el cual éste se desarrolla. Aún más, él advirtió que, a través de la estrecha relación entre vida y proceso, también la relación del proceso con el derecho material se vuelve más justa⁹.

Es así como a partir de Klein se destaca una función social del proceso y comienza a tomar fuerza la expresión de “Publicización del Proceso Civil”.

Mauro Cappelletti declara: *“Si el proceso, o al menos la parte culminante del mismo, ha de desarrollarse a presencia del juez; en suma si el juez debe ser una persona del proceso y no solamente una persona (o un colegio de personas) que juzga al final del proceso, entonces es también necesario que al juez le correspondan ciertos poderes de dirección y de control del proceso mismo...”*¹⁰. Este autor utiliza la expresión “democratización” del proceso, aludiendo a la idea de que se le entreguen facultades al juez para intervenir más activamente en el proceso y así permitir una efectiva igualdad de las partes, de manera que el triunfo no esté garantizado de antemano para aquél que goza de la capacidad económica como para contratar la asesoría más “hábil”, sino que el resultado del proceso vaya sólo en función de la justicia que hay en cada pretensión¹¹.

Para algunos autores¹², el conceder amplios poderes al juez sólo se explica si al mismo tiempo se priva de esos poderes a las partes. Consideran que el fenómeno de la publicización se ha basado en una confusión entre las facultades materiales y facultades procesales de dirección del proceso. Siguiendo a Montero Aroca¹³, no habría impedimento para aumentar las facultades procesales¹⁴ del juez, pero sí lo hay para que este pueda de oficio iniciar el proceso o alegar hechos o practicar prueba no pedida por las partes (facultades materiales), pues de este modo se está afectando a la existencia de los derechos subjetivos reconocidos en la norma material.

La doctrina moderna¹⁵, hoy en día recogida en diversos ordenamientos positivos,

⁹ Cfr. Ibd. p.18

¹⁰ Cappelletti, Mauro. *El Proceso Civil en el Derecho Comparado. Las grandes tendencias evolutivas*. trad. de Sentís Melendo. Edit. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1973. p. 60

¹¹ Cfr. Ibd. p.69 y ss.

¹² Cfr. Montero Aroca, Juan. Ob.cit.p.71

¹³ Cfr. Ibd. p.73 y ss.

¹⁴ Se trata de aquéllas facultades del juez que sirven para determinar la admisibilidad de la pretensión y que le permiten impulsar el proceso haciéndolo avanzar de una fase a otra.

reconoce en el juez al delegado estatal encargado de poner en práctica la función jurisdiccional no sólo en la etapa de fallo, sino también en la de instrucción, donde el oficio se convierte en un verdadero agente impulsor del proceso. La consideración de que el derecho procesal regula una función pública, ha llevado al convencimiento bastante generalizado de que los procesos -aun los civiles- deben salir de la esfera exclusiva de voluntad de las partes, para convertirse en un fenómeno de carácter público dirigido por el delegado estatal que es el juez.

Es el desplazamiento sufrido por la función reconocida al proceso civil, desde el ámbito privado al público, lo que permite sostener en la actualidad que el juez no sólo está facultado, sino obligado, a asumir un rol francamente activo dentro del proceso.

B. PRINCIPIO DE APORTACION DE PARTE

El principio de aportación de parte o *Verhandlungsmaxime*, es la máxima que regula la prueba en juicio. Se refiere a la introducción y prueba de los hechos dentro del proceso y se manifiesta cuando las partes alegan los elementos fácticos de la pretensión discutida en juicio, así como al proponer la prueba de tales elementos.

Se trata del reparto de las facultades materiales de dirección del proceso entre el juez y las partes, en lo relativo a quién debe aportar los elementos que pueden influir en la decisión que ha de adoptar el juez al final del mismo.

El principio de aportación indica que corresponde a las partes la facultad de determinar el objeto del proceso y el objeto del debate. El juez no puede jamás aportar hechos al proceso para determinar la causa de pedir, ni tampoco podrá apartarse de esa causa de pedir a la hora de estimar o desestimar la pretensión.

El legislador no puede, sin pasar a llevar el carácter disponible del interés discutido en el proceso civil, dar al juez la tutela de este interés sin una demanda, o extralimitar dicha tutela mas allá de lo pedido por las partes. Sin embargo, sí puede quitarle a las partes el poder monopólico de la iniciativa probatoria, incrementando los poderes del juez. Esto demuestra el carácter esencial del principio dispositivo y eventual del de aportación de parte.

El principio dispositivo determina que sean las partes quienes deben introducir los elementos de hecho que configuran el objeto del proceso. Por otro lado, el principio de aportación de partes establece que son los litigantes los que deben realizar la actividad probatoria para probar el material fáctico.

Según Picó i Junoy¹⁶, una de las principales consecuencias de la publicización del proceso civil consiste en el hecho de que sin discutir la vigencia del principio dispositivo,

¹⁵ Véase en Taruffo Michele. "Investigación judicial y producción de prueba por las partes", en *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, Vol.XV, Diciembre 2003 (en prensa); Picó i Junoy, Joan. "Los principios del nuevo proceso civil español", en *XVIII Jornadas iberoamericanas, XI Jornadas uruguayas de derecho procesal, en homenaje a la escuela procesalista uruguaya*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2002.p.189.

se pone en tela de juicio el de aportación de parte, al menos, en lo que respecta al reparto de funciones entre el juez y los litigantes y al incremento de facultades probatorias del juez. Si bien los litigantes son libres de disponer de los intereses deducidos en juicio, no lo son respecto de proceso en sí, esto es, de su desarrollo, pues no sólo se concibe como un instrumento de tutela jurisdiccional de derechos privados sino, además, como una función pública del Estado. Es así, como se ha limitado el alcance del principio de aportación de parte y se les atribuye a los jueces iniciativa probatoria.

Para un sector de la doctrina ¹⁷, el principio de aportación de partes debe ser la regla, y la excepción sería la intervención del tribunal, pero sólo en caso de inactividad de la defensa, cuando la producción de una prueba que pueda resultar de descargo o en el caso de los procesos relativos al estado civil de las personas. El fundamento de que el juez actúe de oficio, consistiría en que se trata de temas en que prima el interés público, por lo cual se requiere la intervención del Estado a través de sus órganos, como lo son los tribunales de justicia para asegurar así un mejor esclarecimiento de los hechos.

Desde ya señalaré que estoy totalmente en contra de dicha postura por considerarla a grandes rasgos, obsoleta, discriminadora y especialmente porque limita la posibilidad de llegar al esclarecimiento de la verdad y la justicia, fin último del Derecho y sus mecanismos. La otra cara de este principio es el de la Investigación de Oficio, el cual consiste en que la actividad alegatoria y probatoria de las partes no vincula ni limita los poderes de dirección del juez destinados a la investigación y prueba de los hechos. El tribunal está obligado a aportar datos fácticos y pruebas independientes de las partes. El fundamento de este principio es la existencia de bienes jurídicos públicos.

C. PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD

La imparcialidad es la *“falta de designio anticipado o de prevención en favor o en contra de personas o cosas de que resulta poderse juzgar o proceder con rectitud”* ¹⁸. La imparcialidad no sólo se le exige al juez; imparcial ha de ser toda la justicia y cualquier poder político, cuando pretende hablar en nombre de todos.

En opinión de De la Oliva ¹⁹, la imparcialidad significa la posición trascendente de quienes ejercen la jurisdicción respecto de los sujetos jurídicos afectados por dicho ejercicio. O, en otras palabras, ante la existencia de sujetos jurídicos en posiciones procesales contrapuestas, corresponde la jurisdicción con una postura de neutralidad.

Por consiguiente, podemos entender el principio de imparcialidad como la forma de

¹⁶ Cfr. Picó i Junoy, Joan. Ob.cit.p.189

¹⁷ Véase en éste sentido Montero Aroca, Juan. Ob.cit.p.63-72

¹⁸ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, www.rae.es

¹⁹ Cfr. De la Oliva Santos, Andrés. *Derecho Procesal Civil*. Edit.Ceura, Madrid, 1995.p.27

obediencia que el Derecho exige a sus jueces. El derecho de los ciudadanos a ser juzgados desde el Derecho es el correlato del deber de imparcialidad de los jueces. Sin embargo, la imparcialidad no sólo protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados desde el derecho, sino también la credibilidad de las decisiones y las razones jurídicas.

El principio de imparcialidad conlleva la idea que la ley pueda ser aplicada por los jueces sin inclinaciones personales o prejuicios hacia los individuos. Los jueces deberían aplicar la ley en forma uniforme a todas las personas.

La imparcialidad no tiene que ver con posiciones psicológicas o éticas de los jueces, sino que aquella condición es entre el Juez y el ciudadano, y tiene que ver básicamente con la peculiar forma de obediencia que el Derecho exige a sus jueces y también con la justificación de los fallos.

Como dice Werner Goldschmidt²⁰, *la imparcialidad no significa el no ser parte*. La imparcialidad es una especie de motivación, consistente en que la declaración o resolución que debe realizar el juez en la sentencia, se orienta en el deseo de decir la verdad, de dictaminar con exactitud, de resolver justa o legalmente, consiste en poner entre paréntesis todas las consideraciones subjetivas del juzgador.

La imparcialidad judicial va mano a mano con la independencia. Así, la imparcialidad trata de controlar los móviles del juez frente a influencias extrañas al Derecho provenientes del proceso -estricto sometimiento del juez a la ley- debiendo decidir la cuestión controvertida según la ley y no en atención a criterios personales.²¹ La imparcialidad protege no sólo el derecho de los ciudadanos a ser juzgados desde el Derecho, sino también la credibilidad de las decisiones y las razones jurídicas.

Por otro lado, la independencia de los jueces dice relación con *“la esfera de actuación de los tribunales de justicia definida en la constitución, que no debe ser allanada por nadie”*²²; trata de controlar los móviles del juez frente a influencias extrañas al Derecho provenientes del sistema social. La idea de independencia judicial sugiere que los jueces deberan estar libres de la influencia de otros poderes de gobierno, así como de influencias políticas, sociales, económicas y otras. Un judiciary independiente es un requisito indispensable para una sociedad libre bajo un Estado de Derecho. Por tanto, el juez ideal sería aquel instruido en la ley e independiente, de manera que sea guiado en la toma de decisiones únicamente por el conocimiento legal y la experiencia judicial.

La independencia judicial trae la responsabilidad de administrar la ley en forma imparcial. Se espera que los jueces sean árbitros imparciales de manera que las disputas legales se decidan de acuerdo a la ley, libres de influencias, inclinaciones o prejuicios y presión política.

Una distinción importante a realizar es entre el juez independiente e imparcial y el

²⁰ Goldschmidt, Werner. *La imparcialidad como principio básico del proceso*. Edit. Librería Jurídica Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1955.p.133

²¹ Cfr. *Ibid.* p.135

²² Bordalí, Andrés. “El debido proceso civil”, en *La constitucionalización del Derecho chileno*. Edit. jurídica de Chile (en prensa).

juez neutral. El juez imparcial debe ser independiente, pero no necesariamente neutral, pues para decidir la cuestión controvertida no puede desdoblarse, dejando de lado sus convicciones políticas, sociales y morales, en definitiva, sus más íntimas creencias. El juez, al decidir, va a tener una opinión personal respecto del caso en cuestión, lo cual se le debe permitir. Lo que no se acepta, es que la opinión personal que éste tenga respecto del caso a resolver prime por sobre el mandato legislativo.

Por otro parte, en el proceso penal, la imparcialidad constituye la esencia del principio acusatorio, pues posibilita que la verdad sea el resultado de la controversia que se da entre los intervinientes en el proceso. El principio de imparcialidad protege no sólo el fallo y las razones que se aducen a favor del fallo, sino que exige al juez que falle por las probanzas que se le suministraron en el juicio, lo cual va destinado no tanto a prevenir prevaricaciones, cuanto a reforzar la credibilidad de las razones que el juez aduce a favor del fallo.

CAPITULO II. INICIATIVA PROBATORIA DEL JUEZ EN EL PROCESO.

A. CONSIDERACIONES GENERALES

En un Estado moderno, es de interés público hacer justicia, y el único medio aceptable para ese objetivo es el descubrimiento de la verdad. Para Taruffo²³, la búsqueda de la verdad no es el fin del proceso civil, considera incluso, que la búsqueda de la verdad podría impedir un rápido y eficiente manejo de los conflictos individuales. El fin principal del proceso civil consistiría en la resolución de conflictos a través de una correcta aplicación de la ley, para lo cual es condición *sine equanon* “una reconstrucción fidedigna de los hechos a los cuales las normas deben ser aplicadas”²⁴. Así, para lograr adoptar una decisión justa se requiere una ponderación fehaciente de los hechos en los que se sustenta el proceso.

Para Montero Aroca²⁵, se debe abandonar la idea de que la finalidad del proceso y

²³ Cfr. Taruffo Michele. Ob.cit.(en prensa)

²⁴ Ibid.

de la prueba, en concreto, es la búsqueda de la verdad, por los siguientes motivos:

Los hechos no afirmados, al menos por una de las partes, no existen para el juez, que no puede salir a la búsqueda de los mismos.

Los hechos afirmados por las partes de común acuerdo o afirmados por una y admitidos por la otra existen para el juez, que no puede desconocerlos en la sentencia.

Unicamente respecto de los hechos controvertidos propuestos por las partes ha de producirse la actividad verificadora del juez.

Para este autor, la finalidad de la prueba es encontrar la certeza respecto de las afirmaciones de hechos de las partes, certeza que en unos casos se derivará del convencimiento psicológico del mismo juez y, en otros, de las normas legales que fijarán los hechos.

Otro autor que considera incorrecta la afirmación de que la finalidad de la prueba es la búsqueda de la verdad es el profesor Alex Carocca²⁶, para quien dicha finalidad es producir el convencimiento del juzgador. Argumenta que en el proceso difícilmente se podrá llegar a la verdad, debido a que está constituido principalmente por la actividad de los propios interesados.

El juez, como órgano del Estado, debiera contar con suficientes poderes jurisdiccionales de orden público. Incluso, en algunas legislaciones²⁷ se encuentra autorizado para realizar de oficio una amplia averiguación de la verdad del proceso, en miras a un interés superior de justicia, sin atender si suple o no la inactividad voluntaria o involuntaria de las partes.²⁸

En materia civil, la aplicación estricta del principio de aportación de parte requeriría que se confiase exclusivamente a la iniciativa de éstas la posibilidad de suministrar la

²⁵ Cfr. Montero Aroca, Juan. Ob. cit. p. 109

²⁶ Cfr. Carocca Pérez, Alex. *Manual de derecho procesal*, T. II. Edit. LexisNexis, Santiago, 2003. p. 151

²⁷ Dentro de éstas legislaciones podemos mencionar entre otras: el C.P.C. Colombiano, que autoriza al juez para “decretar pruebas de oficio, en los términos probatorios de las instancias, y de los incidentes y posteriormente antes de fallar”(art.180); el C.P.C. Brasileño en el cual se entrega al juez de oficio o a petición de parte determinar las pruebas necesarias para la conducción del proceso (art.130); en China, el tribunal debe investigar el material fáctico y recoger las evidencias que sirvan tengan importancia para la decisión final (art. 116); el Código Nacional Argentino consagra la idea que aún sin requerimiento de parte, los jueces pueden ordenar se realicen las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos respetando el derecho de defensa de las partes; el C.P.C. de la Provincia de Santa Fe, Argentina, dispone en su art. 21: “El debate judicial es dirigido por el juez quien deberá adoptar todas las medidas que estime conducente al esclarecimiento de los hechos, a mantener la igualdad entre las partes y a obtener la mayor rapidez y economía en el proceso”; en Francia, el juez puede ordenar de oficio todos los medios admisibles de prueba (art. 10); en México, los tribunales pueden decretar la práctica o ampliación de cualquier diligencia probatoria, siempre que sea necesaria para esclarecer la verdad (art.279); y en España el art. 282 inc 2° señala que “Sin embargo, el tribunal podrá acordar, de oficio, que se practiquen determinadas pruebas o que se aporten documentos, dictámenes u otros medios e instrumentos probatorios, cuando así lo establezca la ley”, etc.

²⁸ Cfr. Calamandrei, Piero. *Estudios sobre el Proceso Civil*. Edit. Tea, Buenos Aires, 1945. p.369

prueba indispensable para demostrar la existencia o inexistencia de los hechos controvertidos. Sin embargo, la generalidad de las leyes procesales admiten, en mayor o menor medida, que el material probatorio incorporado al proceso por los litigantes sea complementado o integrado a través iniciativa del órgano judicial.

En España, la actual Ley de Enjuiciamiento Civil, en lo relativo a la introducción del material probatorio, se basa en el principio de aportación de parte. Esta idea se recoge en el artículo 216, según el cual *“Los tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes, excepto cuando la ley disponga otra cosa en casos especiales”*. El artículo 282, contempla la excepción al principio de aportación de parte, permitiendo que el tribunal de oficio solicite se aporten o practiquen pruebas cuando la ley así lo autorice.

Los poderes del juez relativos a la prueba se concentran principalmente en dos artículos. El primero de ellos es el 429.1, el cual dispone para la audiencia previa al juicio y tras la proposición y admisión de la prueba, que *“Cuando el tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos lo pondrá de manifiesto a las partes indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria. Al efectuar esta manifestación, el tribunal ciñéndose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos, podrá señalar también la prueba o pruebas, cuya práctica considere conveniente. En el caso a que se refiere el párrafo anterior, las partes podrán completar o modificar sus proposiciones de prueba a la vista de lo manifestado por el tribunal”*.

Este artículo ha suscitado en España distintas posturas doctrinales. Para algunos²⁹, en él no se consagra la iniciativa probatoria del juez, sino, sólo la posibilidad de que ante la falta de pruebas el juzgador pueda “advertir” a las partes la insuficiencia de prueba y cual sería la prueba que debieran aportar para poder suplir dicha deficiencia. Otro sector doctrinario³⁰, entiende que dicho artículo no sólo permite al juez señalar a las partes una insuficiencia en la prueba rendida, sino que permite señalar la práctica de la prueba que considere necesaria.

A su vez, el art. 435.2 refiriéndose a las diligencias finales dispone que *“Excepcionalmente el tribunal podrá acordar, de oficio o a instancia de parte, que se practiquen de nuevo pruebas sobre hechos relevantes, oportunamente alegados, si los actos de prueba anteriores no hubieran resultado conducentes a causa de circunstancias ya desaparecidas e independientes de la voluntad y diligencia de las partes, siempre que existan motivos fundados para creer que las nuevas actuaciones permitirán adquirir certeza sobre aquellos hechos. En este caso en el auto en que se acuerde la práctica de las diligencias habrán de expresarse detalladamente aquellas circunstancias y motivos”*.

En lo que respecta a las diligencias finales, nos encontramos ante un poder del juez (y de las partes), que hará de la prueba un verdadero instrumento eficaz cuando, por

²⁹ Véase en este sentido Montero Aroca, Juan. *Nociones generales sobre la prueba (entre el mito y la realidad)*. Edit. Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2000, p. 24.

³⁰ Véase en este sentido Picó i junoy. Ob.cit.p.196

circunstancias independientes de la voluntad de las partes, no lo haya sido. El juez tiene una labor que cumplir en el proceso, esto es, aplicar el Derecho en el caso concreto, y si bien es cierto que no puede sobrepasar dicha labor diciéndoles a las partes cuál es el caso (cuáles son los hechos), tampoco deben escatimársele facultades que le ayuden a realizar bien su labor (verificar qué hechos quedan probados para aplicar las consecuencias jurídicas correspondientes).

Por otro lado, el Diccionario jurídico Abeledo-Perrot³¹, al definir las medidas para mejor proveer señala que *“La vigencia estricta del principio dispositivo requeriría no solamente que la iniciativa del proceso y la aportación de los hechos dependiesen de la voluntad de las partes sino que, además, se confiase exclusivamente a éstas la actividad consistente en ofrecer y producir las pruebas tendientes a la demostración de sus afirmaciones. Pero en razón de que esta última limitación es susceptible de impedir, en ciertos casos, el esclarecimiento de la verdad jurídica objetiva que, pese a las restricciones propias de la prueba civil, constituye la meta a que debe aspirar una recta administración de justicia, las leyes procesales admiten, en forma concurrente con la carga de la prueba que incumbe a las partes, la facultad de los jueces en el sentido de complementar, por propia iniciativa, el material probatorio aportado por aquéllas. Tal facultad se concreta en la posibilidad de adoptar las denominadas medidas para mejor proveer”*.

En el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica se contempla un doble sistema de iniciativa judicial en la producción de la prueba. Se le conceden al juez facultades y poderes para la dirección del proceso y la averiguación de la verdad de los hechos alegados por las partes. Cabe citar en este sentido el art. 2, denominado “Dirección del Proceso”, en el cual se dispone que *“La dirección del proceso está confiada al Tribunal...”*, luego el art. 3 llamado “Impulso Procesal”, señala que *“Promovido el proceso, el Tribunal tomará de oficio las medidas tendientes a evitar su paralización y adelantar su trámite con la mayor celeridad posible”*.

Igualmente se autoriza al tribunal para dictar medidas para mejor proveer, sin limitación de ninguna especie, como no sea la precisión de las razones por las que no las decretó con anterioridad. Especial mención merece el art. 9 denominado “Pronta y Eficiente Administración de Justicia”, en cual se establece que el Tribunal tomará las medidas necesarias para la más pronta y eficiente administración de justicia.

En materia penal, los intereses públicos en juego no pueden hacer desaparecer totalmente los poderes del juez respecto de la iniciativa probatoria, ya que sobre los elementos de prueba descansa la decisión final y, por lo tanto, cobra vida la idea de un juez gestor. Así, por ejemplo, en el Código Procesal Penal Tipo para Iberoamérica, corresponde a las partes un verdadero derecho a indicarle al Tribunal cuáles pruebas deberán evacuarse durante la celebración del debate y, correlativamente, el Tribunal resuelve sobre su admisibilidad, debiendo recibirlas si contribuyen al descubrimiento de la verdad. En tal caso sólo podrá rechazar, por resolución fundada, la prueba que estime ilegítima, manifiestamente impertinente, inútil o superabundante (Art. 288.1). Sin perjuicio de lo anterior, se faculta al Tribunal que disponga de oficio la recepción de nuevos

³¹ Carrone, José Alberto. *Diccionario jurídico Abeledo-Perrot*, Tomo H. Edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995.p. 512

medios de prueba, o la ampliación de los ya recibidos, cuando lo estime indispensable o manifiestamente útil para descubrir la verdad (Arts. 285, 289, 316, 317 y 320).

El Tribunal puede ordenar el recibo de prueba para mejor resolver al final del debate (Art. 317), e incluso, aún después de haberlo clausurado, cuando lo estime indispensable durante la deliberación, en cuyo caso dispone la reapertura del debate (Art. 320).

Si bien en un sistema acusatorio - como el que se implementa en nuestro país- la iniciativa probatoria corresponde a las partes y al Ministerio Público, ello no puede sacrificar el descubrimiento de la verdad, como aspiración final de cualquier sistema de administración de justicia penal aceptable.

B. POSTURAS RESPECTO A LA INICIATIVA PROBATORIA DEL JUEZ

Según algunos autores³², los juicios civiles ventilan cuestiones de simple interés privado reservadas a la iniciativa de las partes. Por consiguiente, la autoridad del juez no debe suplir la actuación de las partes, y si éstas no han podido o no han querido actuar en la prueba, el juez debe pronunciarse con el solo mérito de los antecedentes que tenga en su mano; aceptar lo contrario sería debilitar su imparcialidad. Para ellos, el que el juez ordene la realización de alguna prueba, cualquiera sea ésta, necesariamente resultará favorable a uno de los litigantes, rompiendo la igualdad de los contendientes, convenciéndose la parte contraria que el juez ordenó la prueba para favorecer deliberadamente la posición del adversario. Para esta postura, el conceder amplios poderes discrecionales al juez sólo se explica si al mismo tiempo se priva de dichos poderes a las partes³³. Consideran que el aumento de los poderes del juez es propio de ideologías estatistas, que buscan el aumento de los poderes del Estado en perjuicio de la libertad del ciudadano.

Para otro sector de la doctrina³⁴, en los juicios civiles no es exclusivo el interés privado; al lado de éste se encuentra el interés social. El juez, frente a una falta de pruebas que puede causar el estancamiento del pleito o una sentencia no dictada en equidad, debe tener medios para llegar a la investigación necesaria que le permita resolver el litigio sin dilaciones y dentro del estricto límite de la verdad.

Creo que la sentencia debe ser la expresión de la verdad y de la justicia; si la primera no se ha esclarecido en el juicio, fatalmente la sentencia será injusta.

La iniciativa probatoria del juez constituye una intervención de oficio del órgano jurisdiccional, para los casos en que la prueba rendida por la iniciativa de los litigantes

³² Véase De La Oliva Santos, Andrés, Ob.cit.p.277

³³ Cfr.Montero Aroca, Juan. Ob.cit.p.142

³⁴ Véase en éste sentido Taruffo,Michele. Ob.cit.(en prensa)

sea, en concepto del juez, insuficiente o deficiente en su conjunto o en relación con un medio de prueba determinado.

Chioventa³⁵ señala que la finalidad de la actividad jurisdiccional es hacer justicia, y para la consecución de ese logro el juez no debe actuar de forma pasiva en el proceso, sino que debe participar como fuerza viva y activa.

Las facultades y deberes que el ordenamiento legal prescribe e impone a los jueces deben ser ejercidos no para resguardar un interés particular, sino el de la sociedad toda, que desea y pretende una justicia independiente, eficaz y oportuna.

En los sistemas que confían sólo en la iniciativa de las partes, el desequilibrio procesal entre ellas, ya sea por razones económicas o educacionales, puede impedir lograr el descubrir la verdad en el caso en cuestión.

Cada vez más las leyes procesales modernas adoptan la doctrina que se dirige hacia un preponderante activismo judicial, donde el tribunal será uno de los encargados de la producción de la prueba que deba servir de base para el pronunciamiento de la sentencia.

La obligación encomendada al juez de buscar autónomamente la verdad, transforma a este órgano en independiente de las partes, pues su pasividad acarrea dependencia, tornando al juez en instrumento de las partes, apartándolo del interés superior que le cumple salvaguardar.

El otorgamiento de mayores poderes a los jueces debe implicar, asimismo, un incremento de sus responsabilidades en el ejercicio de la actividad jurisdiccional del Estado. Lo contrario sería concebir un derecho sin obligación, situación tan ilógica como injusta. En definitiva, la iniciativa probatoria del juez no afecta su imparcialidad, ni el debido proceso, ni a la igualdad de las partes.

Morello³⁶ nos dice que tan señor del juicio es el juez como las partes mismas en un equilibrio dinámico, de inteligente colaboración. Y este equilibrio de los poderes debe permitir lograr acceder a la verdad jurídica, otorgándole a ésta la primacía que le corresponde para afianzar la Justicia, toda vez que su esclarecimiento es prioritario.

Los jueces, por consiguiente, deben realizar el uso adecuado de las potestades que la ley les confiere, a fin de “descubrir” la verdad material sobre lo formal, incluso en forma oficiosa, ante el error o negligencia de los justiciables.

La principal pregunta que corresponde hacernos es: ¿qué hechos pueden acreditarse con la iniciativa probatoria del juez?. Según Tavorari³⁷, la respuesta estaría dada por los siguientes aspectos:

- a) Hechos propuestos por las partes y controvertidos.

³⁵ Cfr. Chioventa, Giuseppe. *Instituciones de derecho procesal Civil*, trad. Eduardo Gómez Orbaneja. Edit. Cárdenas, Ciudad de México, 1989, p. 301

³⁶ Cfr. Morello, Augusto. *La reforma de la justicia*. Edit. Platense SRL, La Plata, 1991, p. 51

³⁷ Cfr. Tavorari, Raúl. *Tribunales, Jurisdicción y proceso*. Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1994, p. 31

Las partes son quienes fijan los hechos materia del debate. Esta es la materia propia, no sólo de la actividad probatoria del juez, sino de toda actividad probatoria. Tavorari señala que se debe reconocer que el objeto del proceso y la determinación de la prueba son privativos de las partes, ya que son, en definitiva, éstas quienes fijan los hechos que serán materia del debate.

b) Hechos propuestos por las partes y aceptados.

El campo del juez queda limitado en lo relativo a establecer si los hechos admitidos por las partes son o no efectivos. El juez jamás puede, mediante su actividad probatoria, establecer si los hechos admitidos por las partes son o no efectivos. A éste sólo le corresponde aceptarlos, pues no forman parte de la decisión jurisdiccional.

c) Hechos no propuestos por las partes.

En este supuesto, la doctrina en general ³⁸ se rehúsa a aceptar que el juez pueda aportar hechos que las partes no hicieron valer durante la tramitación del proceso, pues esto sería ir contra el principio dispositivo y afectar la titularidad de las partes en sus relaciones particulares.

En palabras de Montero Aroca ³⁹, *“es la imparcialidad la que origina que ni siquiera en aquellos procesos civiles en los que la relación jurídico-material deducida es indispensable, pueda el juez aportar hechos; esta misión en representación de la legalidad del Estado se confía al Ministerio juicio que suscribo para concluir, frente al problema inicialmente expuesto, afirmando que la **iniciativa probatoria** del juez no mengua su imparcialidad a condición que se extienda a hechos alegados y controvertidos por las partes, sin perjuicio de las excepciones que en el ordenamiento se consagran”*.

Para este autor, los códigos del mundo occidental conceden a las partes el monopolio de la aportación de los hechos al proceso, en virtud de lo cual, se atentaría contra la imparcialidad del juez el confiarle o permitirle la aportación de hechos al proceso.

La iniciativa del juez no debe interferir con la actividad probatoria desempeñada por las partes, sino que se trata de una actividad paralela a la desarrollada por éstas. La actividad del juez es principalmente esclarecedora; va ha aclarar e iluminar la prueba aportada por los litigantes, por lo que estos mantienen en forma intacta su iniciativa probatoria.

De lo anterior, se puede dilucidar que, aún cuando la doctrina moderna propugna y defiende la iniciativa probatoria del juez, ella está conteste en señalar que dicha iniciativa no puede quedar al arbitrio del sentenciador en forma discrecional, por lo cual se han establecido diversos límites a esta facultad ⁴⁰ :

³⁸ Véase en éste sentido Montero Aroca, Juan. Ob.cit.p.72; Picó i Junoy. Ob.cit.p.192; Tavorari, Raúl.Ob.cit.p.33; Carocca,Alex.Ob.cit.p.162.

³⁹ Montero Aroca, Juan.Ob.cit.p.100

⁴⁰ Cfr.Picó i junoy. Ob.cit.p.192

Imposibilidad de introducir hechos no alegados por las partes.

Como ya se dijo, la iniciativa probatoria del juez debe limitarse a los hechos discutidos por las partes en el juicio. Son éstas quienes deben aportar al proceso los hechos en que fundan sus pretensiones, conservando la exclusividad en la determinación del objeto litigioso. Lo anterior teniendo a la vista el principio dispositivo y de aportación de parte.

Imposibilidad de utilizar fuentes probatoria distintas de las existentes en el proceso.

Se trata de garantizar la imparcialidad del juzgador, limitando su actividad a las fuentes probatorias que consten en el proceso, evitando que actúe en forma inquisitiva, buscando e investigando por su cuenta nuevas fuentes. El juez debe realizar una actividad verificadora de los hechos aportados por las partes.

3. Permitir la contradicción de las partes, proponiendo nuevas pruebas y participando en la práctica de toda la actividad probatoria

En el ejercicio de los poderes y en el cumplimiento de los deberes asignados a los jueces en materia probatoria, siempre deben respetarse los principios fundamentales del proceso: igualdad de las partes, contradicción o bilateralidad y congruencia. Se debe permitir a las partes proponer nuevas pruebas y participar en toda actividad probatoria que se lleve a cabo por el juez.

C. ARGUMENTOS A FAVOR DE UN JUEZ PASIVO

Incompatibilidad de la iniciativa probatoria del juez respecto al principio dispositivo

Algunos autores ⁴¹ consideran que las partes no sólo son las llamadas a aportar los hechos al proceso sino que también a probar sus alegaciones. Sólo a las partes corresponde la iniciativa probatoria, por lo cual se debe evitar que el juez interfiera en el ejercicio de este derecho.

Se entiende que la actividad probatoria tiene vinculación con el derecho material y que ambos deben ser entregados a las partes. Al conceder al juez iniciativa probatoria se afectaría la titularidad privada de los derechos objeto de la litis.

Devis Echandía ⁴² señala *“que corresponde a las partes la iniciativa en general y que el juez debe atenerse exclusivamente a la actividad de éstas sin que le sea permitido tomar iniciativas encaminadas a iniciar el proceso ni establecer la verdad para saber cuál de ellas tiene la razón en la afirmación de los hechos”*, además considera que *“el aspecto*

⁴¹ Véase De La Oliva Santos, Andrés. Ob.cit.p.279 y Montero Aroca, Juan. Ob.cit.p.65

⁴² Devis Echandía, Hernán. Ob.cit. p.188.

primordial es el probatorio: será inquisitivo el proceso civil que le otorgue facultades oficiosas sobre pruebas al juez, aun cuando se mantenga la necesidad de la demanda para iniciarlo (nemo iudex sine actore).

El carácter privado del objeto litigioso

Existe un interés privado discutido en el proceso civil, en consecuencia, las partes deben ser libres en su disposición. El otorgarle iniciativa probatoria al juez se contradice con la idea de que sean las partes interesadas quienes aporten las alegaciones y el material fáctico en razón de que *“son bienes jurídicos suyos los que están en tela de juicio”*⁴³.

Los litigantes son los que mejor defienden sus intereses, y por tanto nadie está en mejores condiciones de conocer los medios probatorios que acrediten la certeza de sus alegaciones.

Protección del derecho a la prueba de las partes y su actividad probatoria

Solamente las partes pueden aportar pruebas en el proceso, y esto sería así porque el ordenamiento jurídico le atribuye un derecho a la prueba. En consecuencia, el juez no se puede interponer en el ejercicio de ese derecho y si así lo hace –aportando prueba– estaría en contradicción con el que le asiste a las partes.

El permitir que el juez intervenga en la actividad probatoria entregada por ley a las partes, provocaría la destrucción de la institución de la carga de la prueba. De este modo, se afirma que el juez probará la existencia o inexistencia del hecho que, en virtud del *onus probandi*, correspondía probar a las partes.

Imparcialidad del Juez

Al actuar el juez de oficio está prejuzgando en su decisión final. Se considera que la protección de la imparcialidad del juez es el fundamento más serio que justifica la actitud pasiva del juez, al ser éste elemento de la jurisdicción exigido a nivel supranacional⁴⁴.

Señala Couture⁴⁵ que *“La parte a quien una diligencia decretada para mejor resolver coloca en condiciones de inferioridad, considera siempre que el magistrado ha comprometido la imparcialidad que debe presidir su acción”*.

⁴³ De La Oliva Santos, Andrés. Ob.cit.p.278

⁴⁴ “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial”. Pacto de San José de Costa Rica, art. 8.1.

⁴⁵ Couture, Eduardo. *Teoría de las diligencias para mejor proveer*. Edit. Casa A Barreiro Ramos, Montevideo, 1932.p.218.

D. ARGUMENTOS A FAVOR DE UN JUEZ ACTIVO

No afecta el derecho a la prueba de las partes.

El derecho a la prueba consiste en la libertad que tienen las partes de ofrecer los medios probatorios que consideren pertinentes para lograr el convencimiento del juez respecto al objeto litigioso.

La iniciativa probatoria del juez no interfiere con la actividad probatoria de las partes, pues se considera que la actividad del juez tiene una finalidad esclarecedora, es decir, *“busca aclarar, ilustrar, iluminar la prueba que han aportado los litigantes”*⁴⁶. La iniciativa probatoria del juez sólo cobra vida cuando la prueba aportada por las partes sea oscura o contradictoria.

Así entonces, en primer lugar, prueban las partes; pero si la prueba prestada por ellas es oscura o confusa, el juez debiera ejercer su iniciativa.

El hecho de que un proceso se encuentre imbuido por el principio dispositivo, no debe considerarse que de suyo deja de lado la iniciativa probatoria del juez, ya que de estimarse lo contrario se atribuiría el monopolio de la prueba a las partes.

Visión publicista del proceso

Esta corriente doctrinaria concibe al proceso como un instrumento necesario para el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado. No hay duda que los temas que se le presentan al juez civil son, por lo general, de carácter privado, pero ello no quiere decir que el proceso sea privado, pues el desarrollo del mismo pertenece al Estado y no a las partes.

Como destacara Calamandrei⁴⁷ *“de la consideración de la jurisdicción, también en materia civil, como una función pública, se deriva la necesidad técnica de dar al juez todos los poderes necesarios para poder cooperar activamente a la satisfacción del interés público que también en el proceso civil está en juego; y basta reconocer el carácter público de la función jurisdiccional para deber considerar como técnicamente inadecuado a los fines de la justicia un sistema en el que el juez asiste como espectador impasible”*. Para este autor, el juez debe estar, en todo caso, provisto de los poderes indispensables para administrar justicia de un modo activo, rápido y seguro. No por encontrarnos en el campo del derecho privado la marcha del proceso se puede considerar como un negocio entre particulares. En los procesos sobre controversias de

⁴⁶ Cfr. Meneses Pacheco, Claudio. Ob.cit.p.52

⁴⁷ Calamandrei, Piero. Ob.cit.,p.393

derecho privado la intervención del juez transforma el conflicto en uno de interés público, lo cual se traduce en la aplicación de la ley al caso concreto.

Algunos autores ⁴⁸, reconocen en el juez el delegado estatal, al que se le encomienda el poner en práctica la función jurisdiccional, no sólo en la etapa de fallo, sino también en la de instrucción, donde la actividad del juzgador se convierte en un verdadero agente impulsor del proceso. Esta concepción del proceso ha llevado al convencimiento de que estos (incluyendo los civiles) deben salir de la esfera exclusiva de voluntad de las partes, para convertirse en un fenómeno de carácter público dirigido por el delegado estatal que es el juez. Así entonces, se permite la existencia de un juez que no sólo está facultado, sino obligado a asumir un rol activo dentro del proceso.

El deber del juez es el de esclarecer la verdad de los hechos controvertidos

Se obliga al juez a dictar una sentencia justa, para lo cual requiere estar facultado y obligado a conducir la investigación de los hechos aún contra el desinterés o negligencia de las partes.

La concepción que admite que sólo la actividad de las partes debe llevar a alcanzar el convencimiento del juez, importa concebir el proceso sólo como un medio para lograr la solución del conflicto y no como una forma de alcanzar la justicia. El proceso no es un juego, en el cual, el juez debe permanecer inactivo, presenciando como la parte más habilidosa obtiene mejores resultados basada en una supuesta existencia de igualdad, bajo ése supuesto no se logra que triunfe quien tiene la razón, sino la parte que posea una mayor inteligencia o habilidad, haciendo primar la ley del más fuerte. Por ende, una sentencia que no sea expresión de la justicia y verdad, constituye una amenaza y un daño a la vida jurídica ⁴⁹.

La iniciativa probatoria fortalece la jurisdicción, pues “es una manifestación de la jurisdicción en cuanto al momento del conocimiento” ⁵⁰. No se puede ejercer jurisdicción si no se conoce bien la controversia y no se puede llegar a este conocimiento si los hechos objeto del pleito son oscuros o dudosos.

No altera la carga de la prueba

La carga de la prueba no implica sólo la idea de distribución de la actividad probatoria, se trata de una regla de juicio para el juez, a la que debe recurrir en caso que falte prueba o ésta sea insuficiente, la cual le va a permitir decidir el asunto controvertido ⁵¹. Por lo

⁴⁸ Conforman este sector doctrinario entre otros autores: Joan Picó i Junoy, Michele Taruffo, Claudio Meneses Pacheco, Andrés Bordalí Salamanca, etc.

⁴⁹ Ver en páginas anteriores discusión sobre la verdad como finalidad de la prueba.

⁵⁰ Cfr. Meneses Pacheco, Claudio. Ob.cit.p.113

antedicho, las reglas de la carga de la prueba adquieren su verdadero sentido, cuando se la contempla desde el punto de vista final del proceso, esto es, al momento de dictar sentencia.

El *onus probandi* permite al juez decidir el asunto en los casos en que se encuentra ante hechos insuficientemente probados. No se trata tanto y directamente de determinar a priori qué hechos deben ser probados por cada parte, sino de establecer las consecuencias de la falta de prueba de los hechos.

En nada se altera la carga de la prueba cuando el juez ejerce su iniciativa probatoria, ya que aquella cobra vida, sólo cuando el juez deba resolver el asunto controvertido, y la prueba aportada sea insuficiente.

La carga de la prueba produce efecto en momentos y bajo supuestos distintos a los de la iniciativa probatoria. Tiene lugar al momento de que el juez dicte sentencia, y sirve para que éste ante la falta de prueba decida cuál de las partes debe sufrir las consecuencias de esa falta.⁵² Por otra parte, la iniciativa probatoria opera durante el proceso, antes de dictar sentencia y bajo el supuesto que exista prueba, sin perjuicio de que esta sea obscura, contradictoria o dudosa.

La iniciativa del juez no provoca la eventual pérdida de imparcialidad

No cabe duda alguna de que el juez debe ser imparcial al adoptar la decisión.

El juez, al llevar a cabo la iniciativa probatoria, no actúa en favor o en contra de alguna de las partes del juicio, debido a que antes de obtener los resultados de la prueba no puede saber a cual de los litigantes va a beneficiar o perjudicar la prueba solicitada.

El juez que asume **iniciativa probatoria, y causa con esta, de modo no intencional**, el beneficio de una parte y perjuicio de la otra, sólo satisface las funciones de la Jurisdicción y, así, de ningún modo pone en peligro su imparcialidad sino que alcanzando los logros jurisdiccionales la reafirma.

Hay que recordar que muchas veces la falta de prueba es uno de los motivos que conducen a denegar pretensiones. Son numerosos los pleitos en que se concede la razón al demandado porque el actor no consiguió probar sus afirmaciones, o se desestima la excepción propuesta porque el demandado no acreditó sus fundamentos.

El fundamento de esta iniciativa probatoria se encuentra en la búsqueda de la verdad, de la convicción judicial, o de la certeza respecto de los hechos del juicio. Cualquiera sea la postura que adoptemos, en definitiva de lo que se trata es de otorgar una efectiva tutela de los intereses en litigio.

El estimar que la iniciativa probatoria del juez vuelve a éste en un órgano parcial, significaría que la exigencia de imparcialidad al juez es arbitraria, pues sólo se exige respecto de ciertas áreas del derecho, desde el momento en que en algunas clases de

⁵¹ Cfr. Devis Echandía, Hernán. *Teoría general de la prueba judicial*. T.II. Edit. Zabalía, Buenos Aires, 1988. p.81

⁵² Cfr. Montero Aroca, Juan. Ob.cit. p. 37

procesos ⁵³ se reconoce explícitamente la iniciativa probatoria del juzgador como un medio necesario para hacer justicia.

⁵³ Por ejemplo, en nuestro derecho, en los procesos de familia y laborales se le otorga al juez iniciativa probatoria, la cual es considerada necesaria e indispensable para lograr hacer justicia.

CAPITULO III. INICIATIVA PROBATORIA DEL JUEZ EN EL DERECHO CHILENO

En el ordenamiento jurídico chileno la iniciativa probatoria del juez no se encuentra establecida de modo claro y expreso, sin embargo, esta potestad puede colegirse de la conjunción de diversas normas.

Considero que en materia civil al juez chileno se le permite ejercer iniciativa probatoria, aún cuando sea en forma morigerada, no obstante lo cual en la *praxis* la única concesión que se permiten nuestros tribunales son las medidas para mejor resolver.

Sin embargo, tal figura jurídica no es suficientemente amplia para dar al juez la facilidad de provocar actividad probatoria. Existen restricciones y críticas respecto de las medidas para mejor resolver, como por ejemplo, que vulneran el derecho de defensa de las partes, los fines para los cuales sirven los medios de prueba solicitados por el tribunal, y por permitirse su uso sólo con posterioridad a la etapa probatoria, es decir, cuando la causa se encuentra en estado de fallo⁵⁴.

Si bien las medidas para mejor resolver son una especie de iniciativa probatoria, no es la más adecuada para que el juez esclarezca o complemente la prueba producida por las partes y logre el convencimiento necesario para sentenciar correctamente, en justicia y equidad.

⁵⁴ Cfr. Bordalí, Andrés. Ob.cit.(en prensa)

En materia penal, el Código Procesal Penal ⁵⁵ no establece de manera categórica la participación del juez como sujeto de prueba, esto es, aquel interviniente del proceso que puede aportar medios de prueba. Debido a la reciente puesta en marcha de éste nuevo proceso, no se ha producido discusión – jurisprudencial ni doctrinaria – en relación con la posibilidad de que el código contemple, aún cuando no sea de la mejor manera, iniciativa probatoria judicial.

A. PROCESO CIVIL

El espíritu general de la ley procesal civil ⁵⁶ apunta en la dirección de dar potestades al juzgador para que pueda intervenir en las labores probatorias.

En este sentido, en el Mensaje de la ley modificatoria al Código de Procedimiento Civil (1942) se señaló que: *"Se amplían las atribuciones de los magistrados, que en numerosos casos hasta podrán proceder de oficio; a los jueces se les saca de su rol pasivo de meros espectadores de la contienda judicial, para llevarlos al plano de personeros activos de la justicia, premunidos de las facultades necesarias para establecer, con pleno conocimiento de causa, la verdad jurídica que permita, fundada y rápidamente, dar a cada uno lo que es suyo"*.

Para algunos ⁵⁷, en el código procesal civil chileno *"no hay iniciativa probatoria del juez"*. Lo más cercano a ésta iniciativa probatoria la encontramos en las medidas para mejor resolver.

Otro sector ⁵⁸, postula la existencia de la iniciativa probatoria en nuestro ordenamiento y señala incluso, que ésta admite diversas clasificaciones:

⁵⁵ En adelante CPP.

⁵⁶ Así puede desprenderse de las discusiones legislativas en una de las comisiones revisoras de los proyectos de Código de Procedimiento Civil, a la hora de analizar la posibilidad de decretar el juez "medidas para mejor resolver". Así, en la Sesión de 8 de julio de 1874, en que se aprobó lo que hoy constituye el artículo 159, se lee que "el señor Gandarillas impugnó la disposición del número 1, que faculta a los tribunales para agregar de oficio, documentos al proceso, como ocasionada a graves males, cuales serían la parcialidad o apariencia de parcialidad en los magistrados" etc. Los señores Santa María, Lira y el señor Presidente sostuvieron sucesivamente dicha disposición, diciendo que la ley debía mirar en el magistrado una persona imparcial y recta, empeñada en buscar la verdad: y no sospechar de él, hasta el punto de vedarle los caminos de encontrarla; y que si realmente la medida propuesta tenía inconvenientes, éstos no eran tales que de ordinario hubiesen de ser superiores a los bienes que estaba llamada a producir. Fue aprobado el N° 1 con el voto en contra del Sr. Gandarillas. Igualmente, el número 2 fue aprobado con el voto en contra del Sr. Gandarillas, quien lo impugnó por restringir la confesión a sólo los hechos que no resulten probados, debiendo esta facultad ser general por referirse a un medio de prueba de que las partes pueden hacer uso en todo tiempo y por el cual los tribunales sólo pueden llegar a establecer la verdad. Además esta restricción en la facultad de que se trata tiene el inconveniente de obligar a éstos a prejuzgar sobre lo principal del juicio, pues al pedir confesión declararían, según las pruebas del número en debate, que los hechos a que se refiere no resultan probados en los autos".

⁵⁷ Véase en éste sentido Tavolari Oliveros, Raúl. *Estudios de derecho procesal civil*. Edit. Edeval, Valparaíso, 1990. p. 101

Potestades permanentes: "Conjunto de potestades probatorias que el ordenamiento entrega al juez durante todo el curso del proceso". Por ejemplo, el art. 412 a propósito de la prueba de informe de peritos y la inspección personal (art. 406).

Medidas para mejor resolver: "Son aquellas medidas probatorias que el juez puede disponer por propia iniciativa, destinadas a mejorar las condiciones de información requeridas por la sentencia, de cuya génesis lógica forman parte"⁵⁹ (art. 152).

Iniciativa probatoria derivada: "Conjunto de potestades que el ordenamiento entrega al juez para decretar pruebas con ocasión de una cuestión incidental o de algún otro asunto específico dentro del proceso". Por ejemplo, en los incidentes, en el trámite de conciliación, y la posibilidad de abrir un término especial de prueba.

Hay un tercer sector doctrinario⁶⁰, que si bien acepta que en nuestro ordenamiento se reconoce la iniciativa probatoria al juez, estima que esta es inconstitucional por afectar el principio de imparcialidad y el de presunción de inocencia. Señalan que "*al juez no le corresponde nunca probar, sólo le corresponde procesar y sentenciar*".

Estoy en desacuerdo con este sector de la doctrina por los motivos que pasaré a explicar:

El Principio de Presunción de inocencia no es aplicable en materia civil

Para este sector doctrinario, a la parte demandada en el juicio civil jamás le podría interesar que el juez realice actividad probatoria. Estiman que uno de los componentes del debido proceso es el principio de presunción de inocencia, que sería aplicable tanto en materia penal como civil. El juez en virtud de este principio, en caso de no existir suficiente prueba para acceder a la demanda y dar lugar a ella, debe rechazarla, sin necesidad de prueba complementaria alguna. Creen que cada vez que el juez duda si acceder o no a la demanda, debe rechazarla en virtud del principio de inocencia y, por tanto, cada vez que se solicite alguna medida para mejor resolver se afectaría a la parte demandada.

En primer lugar, debemos señalar que el principio de presunción de inocencia consiste en mantener y proteger la situación jurídica de inocencia del imputado y del procesado, mientras no se produzca prueba concreta, capaz de generar la certeza necesaria para establecer la autoría y la culpabilidad propias de una declaración judicial de condena firme⁶¹.

El origen histórico de éste principio se identifica con la noción de juicio justo, que

⁵⁸ Véase Meneses Pacheco, Claudio. Ob.cit.p.141 y ss.

⁵⁹ Couture, Eduardo. Ob.cit.p.63.

⁶⁰ Véase Botto, Hugo. *Inconstitucionalidad de las medidas para mejor resolver*. Edit.Fallos del Mes, Santiago, 2001.p.68

⁶¹ Del Río Ferretti, et.al. *De la reforma procesal penal*. Edit.jurídica Conosur, Santiago, 1999.p.108

aparece comprendida en la Carta Magna inglesa de 1215, de honda significación e influencia en diversos ámbitos al punto de llegar a integrarse a la Constitución de los Estados Unidos.

En cuanto al contenido del juicio justo, puede afirmarse que es casi unánime entender comprendidos en él, el derecho a ser informado de la acusación, la presunción de inocencia, el derecho a no confesarse culpable, el principio de aceleración del proceso, el principio de legalidad, entre otros. Lo dicho es de importancia, porque esos derechos deben entenderse materialmente pertenecientes e insertos en nuestro concepto del racional y justo procedimiento, que se reconoce en el art.19 n° 3 inc 5 de nuestra Constitución, y considerarse siempre para definir a qué postulados básicos debe atender tanto el proceso penal como el civil, para ajustarse a él.

En suma, nuestro constituyente al consagrar como deber del legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos y al invocar como antecedente del mismo el “*due process of law*” del derecho anglosajón, incorporó a nuestro medio un cúmulo de principios, entre los que naturalmente se haya la presunción o estado de inocencia, el que sólo es aplicable en el ámbito procesal penal.

La presunción de inocencia radica en el respeto a la dignidad personal del imputado, por lo que se le reconoce, durante todo el proceso, un estado jurídico de no culpabilidad respecto del delito que se le imputa.

Si se reconoce al Estado y a su función jurisdiccional -exclusivamente- la determinación irrevocable del derecho en un caso concreto, habrá que ser consecuente y esperar que esa determinación se produzca para saber si ha habido delito y quién es el culpable. Precisamente el proceso, único instrumento legítimo para el ejercicio de la jurisdicción, servirá a esa demostración y mientras él no concluya con la sentencia de término, el derecho no habrá sido declarado y la persona a quien esa declaración deba afectar gozará, entonces, de la realidad jurídica que tenía antes de la misma.

Como se puede desprender de lo antedicho, el principio en comento es una garantía del Derecho Procesal Penal, que limita el *ius punendi* del Estado y que se lleva a cabo a través de sus órganos jurisdiccionales, impidiéndole todo prejuzgamiento o adelanto de pena bajo pretexto de la efectiva aplicación de la ley penal. Tanto por sus orígenes como por su desarrollo en las diversas legislaciones y tratados, este principio es de aplicación exclusiva y excluyente al proceso penal.

Como señala el profesor Andrés Bordalí⁶², el debido proceso atraviesa todas las áreas del Derecho, pero algunos de sus componentes, como lo sería en este caso el principio de presunción de inocencia, sólo es aplicable en materia procesal penal.

Así lo confirman los diversos pactos y convenciones internacionales, entre las cuales, la Declaración Universal de Derechos Humanos señala que “*Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad*” (art.9).

La idea de que el demandado se encuentre protegido por el principio en cuestión, y

⁶² Cfr. Bordalí, Andrés. Ob.cit. (en prensa)

que por ello no deba realizar actividad probatoria, no tiene asidero alguno en materia civil. En el proceso civil, la carga de la prueba le compete a ambas partes y ésta se encuentra claramente establecida en nuestro Código Civil, señalando que “*corresponde probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o éstas*” (art.1698 CC). Una vez que el demandante, ha aportado los hechos en base a los cuales funda su pretensión, corresponderá al demandado introducir aquel material probatorio que estime necesario para defender su derecho.⁶³

Por último, se debe señalar que si bien le corresponde al Estado, a través del juez, determinar si el imputado ha tenido o no participación en los hechos delictuales que se le acusan, una vez aportadas las pruebas suficientes por la parte acusadora, a éste le corresponde aportar la prueba que justifique su eventual inocencia o que sirva para aplicar las atenuantes o eximentes de responsabilidad contempladas en la ley penal⁶⁴.

La imparcialidad no es contraria a la iniciativa probatoria

En Chile, Hugo Botto⁶⁵ señala que al único a quien le va a interesar y beneficiar la solicitud de medidas para mejor resolver será al demandante y por esto la actividad probatoria del juez siempre va a afectar el principio de imparcialidad, pues siempre va a beneficiar a quien inicie la acción.

Considera que si el juez solicita medidas para mejor resolver es porque tiene dudas o falta de convicción probatoria de los fundamentos de la acción, y si el resultado de la misma favorece al demandado, rechazará la demanda, de igual manera como lo debió hacer por falta de prueba, por tanto, la actividad probatoria del juez “*se inclina siempre en favor de aquel que teniendo el peso de la prueba de su cargo, no probó en tiempo y forma, siendo sólo de competencia de las partes el producir la prueba necesaria para lograr el convencimiento del sentenciador*”⁶⁶.

Si el resultado de la prueba decretada, agrega Botto⁶⁷, favorece al demandante, en tal caso, de no poder condenar por falta de prueba, pasó a deber condenar en base a la medida decretada, favoreciéndose así al demandante, pues en caso de que ésta no se hubiese decretado no se habría dado lugar a la pretensión del demandante.

Comentando tal propuesta, agregaré que no se puede afirmar que el resultado de la iniciativa probatoria siempre beneficiará a una parte en particular, pues es imposible saber cual será el resultado de dicha actividad y por tanto a quien va a beneficiar, por lo que no se afectaría la imparcialidad del juzgador. El juez al ejercer la iniciativa probatoria

⁶³ Ibid.

⁶⁴ Ibid.

⁶⁵ Cfr. Botto, Hugo. Ob. cit. p.82

⁶⁶ Ibid. p.80

⁶⁷ Cfr. Ibid. p.83

que el ordenamiento le entrega, y conformando su actuar a las normas legales que la regulan, sólo cumple la función ordenada por mandato constitucional, esto es, ejercer jurisdicción.

Iniciativa probatoria atenuada

Se ha discutido si la iniciativa probatoria del juez debe entenderse como una facultad o como un poder- deber (en el sentido potestad). La principal diferencia de entenderla en uno u otro sentido, dice relación con las consecuencias de la inactividad, ya que la falta de ejercicio de una facultad no trae aparejado ninguna sanción, pero el incumplimiento de un deber jurídico sí.

Quienes consideran que se trata de una *facultad*⁶⁸, basan su argumentación en que el juez no puede ser obligado a dictarlas, que éste en forma discrecional va a determinar cuando considere necesario ejercer esta iniciativa probatoria, por lo que su incumplimiento no trae aparejado sanción alguna.

Por otro lado, adherimos al sector de la doctrina que propugna la idea que la iniciativa probatoria del juez es una *poder - deber*⁶⁹.

Se argumenta por este sector, que el juez tiene el deber de fallar justamente; si se equivoca en la interpretación de la ley estará afecto a un posible recurso de casación, pero si su sentencia es injusta no hay sanciones aplicables para éste juez. Por el sólo hecho de que al juez no se le aplique una sanción en caso de dictar sentencias injustas, no puede estimarse que ello no sea un deber para el juez.

Se ha definido la iniciativa probatoria del juez como *“Aquella potestad con sus diversas variantes que el ordenamiento entrega al magistrado para ordenar o aportar pruebas al proceso civil, con fines específicamente esclarecedores”*⁷⁰.

Estimamos que la iniciativa probatoria es un poder- deber que va implícito con el ejercicio de la jurisdicción, es un elemento de ésta, indispensable para su correcto desempeño.

Los jueces poseen iniciativa probatoria en virtud de su carácter de director procesal, el que sólo podrá ser desempeñado en forma correcta si la ejerce sobre la base de prueba obscura o dudosa⁷¹.

El juez tiene como deber el *conocer* las causas civiles y criminales y, por tanto, no podrá obtener ese conocimiento si durante el proceso existen pruebas obscuras o

⁶⁸ Véase en éste sentido Alvarado Velloso, Adolfo. *El juez, sus deberes y facultades*. Edit.de palma, Buenos Aires,1982.p.274

⁶⁹ Véase en éste sentido Tavorari, Raúl. Ob.cit. p.34 y ss.

⁷⁰ Meneses Pacheco, Claudio. Ob.cit.p.33

⁷¹ Cfr.Meneses Pacheco, Claudio. Ob.cit.p.114

dudosas que no le permitan dilucidar y, por consiguiente, ponderar la prueba aportada por las partes en toda su dimensión. La función judicial tiene como finalidad que su sentencia sea expresión de la verdad, por tanto, el juez debe complementar o aclarar la prueba existente para dictar una sentencia que cumpla con dicho objetivo.

Fallar una controversia sobre la base de una prueba oscura o dudosa, impide al juez, como representante del Estado en el ejercicio de la función jurisdiccional, realizar una correcta administración de justicia y, por tanto *“si éste es un deber, también lo son las conductas que lo hacen posible”*⁷².

El magistrado ordena las pruebas oficiosas una vez que se ha convencido de la necesidad de esclarecer algún dato, poniendo así en movimiento la potestad jurisdiccional que le ha sido confiada por el ordenamiento jurídico.

En general, la doctrina comienza a aceptar la iniciativa probatoria del juez, dejando atrás el mito de que esta iniciativa vuelve al juez parcial. Lo importante hoy en día es fijar límites a esa iniciativa y establecer los supuestos sobre los cuales el juez puede ejercer su potestad probatoria, ya que no puede dejarse a la discrecionalidad de éste el ejercicio de tan trascendente actividad.⁷³

El principal límite está dado por la idea de que la actividad probatoria del juez sólo se circunscriba a aclarar o complementar la prueba que ya ha sido aportada por las partes, cuando ésta es oscura o dudosa.

Existen dudas u obscuridades en la prueba rendida, cuando aquélla no reviste la claridad suficiente para que el juez pueda operar con seguridad en el proceso de que conoce, es decir, cuando la prueba no se entienda.

No se trata de que el juez se transforme en el principal aportador de pruebas al proceso, reemplazando o vulnerando el derecho de prueba de las partes. Los jueces siempre deben partir de la prueba rendida, pues de lo contrario operarían en el terreno de las pruebas que compete a los litigantes, y ello no es algo conveniente para las partes ni para los magistrados. Quienes aceptan una iniciativa probatoria del juez en su vertiente más extrema⁷⁴, estiman que la iniciativa proceda en todo caso frente a las negligencias de los intervinientes, pues lo que se busca con la actividad del tribunal es la mayor claridad de los hechos discutidos. Consideran que al ser el concepto de negligencia relativo y subjetivo resulta casi imposible de precisar con seguridad en cada caso concreto si las partes actuaron o no negligentemente.

⁷² Tavolari, Raúl. Ob.cit p.38

⁷³ En este sentido el Tribunal Supremo de España, que ha tenido una constante doctrina al exigir el ejercicio moderado de las iniciativas, como lo demuestra la sentencia del 8 de octubre de 1990, en la cual se indica que *“los Jueces y Tribunales no deben abusar de su facultad inquisitivo, ni suplir con ella la inactividad de alguna de las partes; la facultad de acordar diligencias para mejor proveer, para que no conculque el principio de rogación en que el proceso civil descansa, impone moderación en su uso, en evitación de que por la diligencia se sustituya o suplante la negligencia de la parte en el cumplimiento de su deber de probar los hechos que alegue”*.

⁷⁴ Cfr. Devis Echandía, Hernán. *Teoría general de la prueba judicial*, T.I.Edit.Zavalía, Buenos Aires,1988.p.188

Estimo que esta última postura no concuerda con un proceso ordenado, donde, además los plazos y caducidades, no tendrían sentido si cada vez que alguna de las partes no pudiera o no quisiera cumplir con alguna diligencia el juez pudiese subsanar dicho error, lo cual sí afectaría la imparcialidad del juez, el derecho a defensa de las partes y la garantía del debido proceso.

Si el juez pudiera actuar sin reparos en esta materia, la parte que quiere reservar la prueba para el final de la litis y así poder sorprender al adversario, la presentaría fuera de plazo, en las postrimerías del proceso, para que el juez supla el descuido, ordene la diligencia y produzca el efecto sorpresivo esperado.

A fin de impedir que el juez mediante su actividad probatoria introduzca hechos nuevos al proceso o supla la actitud negligente de los litigantes, Tavolari⁷⁵ propone un criterio denominado “*principio de prueba*”, a partir del cual se puede determinar desde que momento el juez puede ejercer actividad probatoria. Señala que éste principio de prueba por sí sólo no serviría para formar la convicción del juez, pues se trata de una prueba rendida por las partes pero insuficiente. Así, a partir de éste germen de prueba, el juez podrá llevar a cabo la iniciativa probatoria sin introducir hechos nuevos al proceso, asegurando el principio de aportación de parte, el derecho a defensa, el de imparcialidad y, en definitiva, un debido proceso.

Creo que en nuestro Código Procesal Civil sí se le reconoce al juez la posibilidad de aportar pruebas de oficio al proceso, aún cuando sea en forma muy mitigada, principalmente⁷⁶ a través de las medidas para mejor resolver, las que abren la posibilidad para que el juez solicite prueba, sin perjuicio de las críticas que a éstas se les hacen⁷⁷.

No debe olvidarse que, aún dentro de un sistema dispositivo, el juez puede y debe practicar pruebas, no en un sentido inquisitorio como muchos han querido atribuirle, sino en la medida necesaria y suficiente para formar su convencimiento, complementando o esclareciendo la prueba rendida por las partes.

B. PROCESO PENAL

En la actualidad, prácticamente nadie discute que el proceso penal debe configurarse como un proceso acusatorio; el rechazo a la figura del juez inquisidor, aquel órgano de persecución penal que, identificado con los intereses del Estado, procede de oficio, detiene, interroga, investiga y sentencia, es unánime. La nota característica del moderno

⁷⁵ Cfr. Tavolari, Raúl. Ob.cit.p.40

⁷⁶ Existen también otras actuaciones que el juez puede realizar de oficio, distintas de las medidas para mejor resolver, por ejemplo al solicitar *de oficio* el reconocimiento de peritos (art. 412); se puede decretar la inspección personal del tribunal fuera de los casos señalados en la ley cuando éste lo estime necesario (art. 403); se van a considerar instrumento público los testimonios que el tribunal mande agregar durante el proceso y que cumplan con ciertos requisitos (art.342 n°5)

⁷⁷ Véase Tavolari, Raúl. Ob.cit.p.28 y ss.

proceso penal es, precisamente, la vigencia del principio acusatorio.

Nuestro actual proceso penal se inspira en el modelo acusatorio, en virtud del cual el Estado no abandona la tarea de persecución penal, sino que divide las funciones acusatoria y decisoria y las encomienda a órganos distintos e independientes entre sí.

El principio acusatorio exige la separación de las funciones requerientes y decisorias, que reunía el juez del proceso antiguo y su atribución a órganos diferentes; las tareas requerientes, a cargo del Ministerio Público, las tareas decisorias, a cargo de los tribunales, ésta es la esencia del sistema acusatorio.

Se trata de un principio que tiene como finalidad principal realizar la garantía de imparcialidad del tribunal, esto es, la actuación objetiva del juzgador, limitada a tareas decisorias que no se comprometan con la hipótesis persecutoria⁷⁸. La función del tribunal consiste en ordenar la actividad procesal, controlar la legalidad de los requerimientos de las partes y brindar protección efectiva para que se respeten los derechos humanos del imputado.

En doctrina se distingue entre modelo acusatorio puro y mixto.

Proceso acusatorio puro : Se originó en la Grecia antigua y fue desarrollado principalmente en Roma. Es un proceso de partes, en el que cada una de ellas tiene plena libertad para el recaudo de las pruebas que luego someterá a controversia durante el juicio, oral y público, ante el juez encargado de dictar el fallo. Por regla general, la libertad del sindicado se mantiene hasta la sentencia como expresión práctica de la presunción de inocencia.

Son las partes quienes poseen el dominio o facultad de disposición sobre el proceso. El retiro de la acusación, o la confesión de culpabilidad del acusado, pueden poner término al proceso en cualquier momento. El juez no investiga por sí mismo, sino que se limita a dirigir el debate y adopta la posición de una suerte de tercero imparcial.

Los sistemas que más se acercan a un proceso acusatorio puro sería en los países regidos por el sistema del “*common law*”, específicamente, Inglaterra y Estados Unidos.

Proceso acusatorio formal o mixto : Su origen se atribuye al Código de Instrucción Criminal francés de 1808. Como su nombre lo indica, contiene elementos de los dos sistemas mencionados anteriormente, dividiendo el proceso en dos etapas diferentes: una inquisitiva, de investigación o instrucción y ejercicio de la acción penal en cabeza de un funcionario del Estado; y otra acusatoria, correspondiente al juicio, en el que la competencia para decidir y sancionar se otorga a un funcionario diferente. El juicio, entonces, sólo puede ser producto de la acusación formulada por un organismo del Estado. Se reconoce la existencia de variantes, dependiendo de la regulación que se le dé en cada caso particular. Como ejemplos, se puede mencionar los casos de España y Alemania. En el primero de dichos países, la investigación se encuentra en manos del juez de instrucción, sin perjuicio de la intervención que en dicha actividad pueda haber también al Ministerio Público.

En el segundo, en cambio, la investigación pertenece exclusivamente al Ministerio

⁷⁸ Cfr. Carocca, Alex, et al. *Nuevo proceso penal*. Edit. Jurídica Conosur, Santiago. 2000. p. 18

Público, el que sólo en ciertos casos calificados (medidas que afecten derechos individuales) se encuentra obligado a recurrir al juez de la instrucción.

En la actualidad se reconoce que no existe en ningún país del mundo un sistema procesal penal acusatorio de carácter puro, más bien, las diferentes legislaciones combinan ambos esquemas, en unos casos acentuando la tendencia acusatoria y en otros la inquisitiva.

En el sistema acusatorio ⁷⁹ se deja al juez en una posición pasiva en materia probatoria; ésta se concede a las partes y al Ministerio Público, permaneciendo el juez como simple espectador a cargo de la decisión final según los antecedentes que se acumulen en el proceso y que las partes hayan aportado, son en definitiva éstas quienes indican al Tribunal cuáles pruebas deberán evacuarse durante la celebración del debate, y correlativamente el Tribunal resuelve sobre su admisibilidad, debiendo recibirlas si cumplen con los requisitos que la ley les señala, lo cual en nuestro caso sería que la prueba sea pertinente, útil o relevante, no se encuentre en los casos de exclusión señalados en dicha disposición ni sea excesiva, superabundante o dilatoria (artículo 276 CPP).

Sin perjuicio de lo anterior, los intereses públicos en juego en el proceso penal no pueden hacer desaparecer totalmente los poderes del juez respecto de la iniciativa probatoria, ya que sobre los elementos de prueba descansa la decisión final. Como ya se ha señalado la imparcialidad del juez no se ve tocada de manera alguna al otorgarle iniciativa probatoria, sino que más bien, mediante dicha actividad se le permite ejercer jurisdicción y esclarecer el material otorgado por las partes.

No se trata de otorgar al juez facultades investigadoras ni suplir la actividad probatoria que compete a las partes, sino que el juez en presencia de pruebas oscuras o dudosas, solicite a éstas que incorporen al proceso nuevo material probatorio destinado a esclarecer el anterior.

Por último, podemos señalar como las principales características del sistema acusatorio son las siguientes:

Las funciones de investigar defender y sentenciar son realizadas por tres entes distintos.

Los fallos del juez son inapelables. El veredicto es solo susceptible de recurso de casación, por un tribunal que debe examinar si se han observado las normas del rito, o si la Ley ha sido aplicada.

Es un verdadero duelo entre acusador y acusado, el Juez permanece inactivo, éste no tiene iniciativa propia ni poderes discrecionales para completar la prueba que se le ha presentado o parar provocar una confesión.

Todos los actos del juicio son públicos y orales.

Nuestro Código Procesal Penal no contempla de modo claro la posibilidad de que el juez tenga iniciativa probatoria.

⁷⁹ Entendiendo por tal al acusatorio puro.

Podríamos justificar este nulo pronunciamiento respecto a la iniciativa probatoria del juez, en el repudio que se produjo en toda la sociedad al proceso inquisitivo. La percepción negativa respecto del funcionamiento de los antiguos procesos penales, lentos, burocráticos e ineficientes, originó tal rechazo al sistema inquisitivo que al efectuarse el tan esperado y necesario cambio de sistema se sacó todo vestigio inquisitorio.

Se podría señalar como una de los principales defectos del antiguo sistema, que las funciones de investigar, acusar y sentenciar eran realizadas por una misma persona, el juez, por lo que éste se creaba una impresión del delincuente encaminando su sentencia hacia un solo sentido sin posibilidad de cambiar el rumbo del proceso, pues el juez decidía sobre la conveniencia de iniciar la investigación, de procesar al imputado o de detenerlo preventivamente, y además resolvía sobre la necesidad y la legalidad de la medida que él mismo dictaba. En virtud de lo anterior, se producía la confusión de facultades requirentes y decisorias, lo cual impedía al tribunal actuar imparcialmente.

Otro de los motivos que se pueden esgrimir es que el proceso acusatorio ha sido concebido desde siempre como un juicio oral, probablemente debido a razones históricas. Se estima que proceso penal y juicio oral constituyen en la actualidad expresiones casi idénticas; el proceso penal se hace realidad social y jurídica en el juicio oral. El principio de la oralidad predice que el enjuiciamiento sólo puede fundarse en lo actuado verbalmente durante la audiencia principal, incluidas la declaración del inculcado, la rendición de la prueba y los alegatos, constituyendo el símil del principio *“quod non est in actis, non est in mundo”*, que rigió al proceso inquisitorio.

En el artículo 336 inc.2 de nuestro Código Procesal Penal se señala que:

“Si con ocasión de la rendición de una prueba surgiere una controversia relacionada exclusivamente con su veracidad, autenticidad o integridad, el tribunal podrá autorizar la presentación de nuevas pruebas destinadas a esclarecer esos puntos, aunque ellas no hubieren sido ofrecidas oportunamente y siempre que no hubiere sido posible prever su necesidad”.

Entiendo que en este inciso se otorga al juez potestad probatoria, aún cuando no sea de modo claro y expreso, atendiendo a las siguientes consideraciones:

Según el diccionario de la Real Academia de la Lengua “autorizar” significa “ Dar o reconocer a alguien facultad o derecho para hacer algo”.

Así entonces, se le entrega al juez la potestad exclusiva para permitir a las partes introducir nuevo material probatorio al juicio, en caso que éste considere que concurren los presupuestos legales. Va a ser, en definitiva, el juez quien decidirá si la prueba rendida en la audiencia causa controversia y si es necesario que sea aclarada.

Al expresar la norma que el tribunal podrá autorizar a las partes, creo que con dicha expresión se le otorga al juez una potestad, entregando a su libre criterio el autorizar o no a las partes a rendir nueva prueba, no limitando su actuar a la petición de las partes, como ocurre en el inciso 1° del mismo artículo.

Es el juez quien debe decidir, según su arbitrio, sobre la necesidad de que las partes rindan nueva prueba, ejerciendo de ésta manera iniciativa probatoria, permitiendo a las

partes que esclarezcan la prueba rendida, para así cumplir con el fin de la prueba, cual es, formar el convencimiento del juez.

Es al juez, como órgano dotado de la potestad de autorizar la rendición de nueva prueba, a quién le compete indicar a las partes cual será esa nueva prueba que se deberá aportar, para que de esta manera, el nuevo material fáctico cumpla el fin de esclarecer la prueba rendida, y permita al sentenciador formar la convicción necesaria y suficiente para dictar sentencia.

La ley procesal le permite al juez decidir cuando la prueba rendida es carente de veracidad, autenticidad o integridad; si autoriza o no a las partes a rendir nueva prueba para esclarecer la ya rendida y, señalarles cual será el nuevo material probatorio que deben introducir en la audiencia.

Todo este conjunto de decisiones que se le entregan al juez, forman su iniciativa probatoria en materia penal.

Al referirse la norma a una controversia relacionada con una prueba rendida en la audiencia de juicio oral, creo que no podemos entender que se refiere exclusivamente a una disputa entre defensor, querellante o Ministerio Público, sino que perfectamente puede surgir dicha controversia entre el Tribunal Oral -o algunos de sus integrantes- y la parte que rinde la prueba, cuando a juicio de aquel, el material probatorio le merezca duda respecto de su veracidad, integridad o autenticidad y lo estime necesario para formar la convicción necesaria respecto de la verdad de los hechos invocados por alguna de la partes.

La norma no limita dicha controversia a ningún órgano en particular y, por tanto, al considerar al juez como parte integrante del proceso, como sujeto procesal que interactúa con las partes intervinientes, no se le puede vetar la posibilidad de estar en entredicho con algún medio probatorio rendido. Además, como dice el viejo aforismo jurídico *“Donde la ley no distingue, no es lícito al intérprete distinguir”*.

Para algunos, podría presentar el inconveniente de cómo llevar a la práctica dicha iniciativa probatoria en medio de la audiencia del juicio oral, teniendo a la vista el principio de la concentración, que consiste en que el juicio se realice en forma ininterrumpida y, en lo posible, dentro de una misma audiencia.

La solución nos la entrega el propio Código, al permitirnos la suspensión de la audiencia del juicio oral por razones de absoluta necesidad y por un tiempo mínimo necesario.

Al no encontrarse señalado en el Código cuales serían esas razones de absoluta necesidad, se podría entender, entre otras, el que el tribunal solicite la realización de prueba necesaria para poder esclarecer la aportada en el juicio por los intervinientes, cuando ésta sea oscura o dudosa, como es el caso contemplado en el art. 336 inc 2°.

Para finalizar, sin perjuicio de que aceptemos la iniciativa probatoria del tribunal, la doctrina ha señalado, que dicha potestad debe estar limitada, resguardando el principio acusatorio, la imparcialidad judicial y el derecho a defensa de las partes.

CAPITULO IV. CONCLUSIONES

Las nuevas tendencias doctrinarias y jurisprudenciales se han abierto camino a las modernas ideas que ubican al juez como verdadero director del proceso. Es el desplazamiento sufrido por la función reconocida al proceso civil, desde el ámbito privado al público - publicización del proceso- lo que permite sostener en la actualidad que el juez no sólo está facultado, sino obligado, a asumir un rol activo dentro del proceso y esta dado también para el proceso penal. Se trata en definitiva de que el juez no se debe limitar a dirimir una controversia, sino que debe aplicar el derecho a un caso concreto haciendo realidad la verdad contenida en la Constitución Política de la república.

Para formar la convicción necesaria, suficiente y motivada respecto de los hechos que se discuten en el juicio, el juez debe ejercer iniciativa probatoria, dejando atrás al juez espectador, que con su actitud pasiva se limita a dictar un pronunciamiento pensando únicamente en la aplicación que estime correcta de la ley, pero alejándose de la realidad.

Privar al juez de iniciativa probatoria en los casos en que ésta sea necesaria, es obligarlo a dictaminar sin el convencimiento suficiente de que lo sentenciado es lo justo y, por ende, contraviniendo la carta fundamental al encomendársele al juzgador el conocimiento de la contienda, pues no se puede ejercer jurisdicción sobre lo oscuro o dudoso.

La iniciativa probatoria no afecta la imparcialidad del juzgador. Este, al decretar la realización de alguna prueba, debe hacerlo sobre la base de supuestos legalmente establecidos, respetando el derecho de defensa, la igualdad de las partes y el debido proceso. Es así, como en aquellas legislaciones que reconocen esta iniciativa, se prohíbe

cualquier ingreso sorpresivo de evidencias que quebrante la igualdad de tratamiento o menoscabe la congruencia, pudiendo las partes controvertir la pertinencia o relevancia de la prueba, producir contraprueba, discutir acerca de la eficacia de la prueba de oficio antes de la decisión y, por último, podrán ejercer la impugnación de la sentencia.

En nuestro Derecho, si bien la iniciativa probatoria judicial no se encuentra establecida de modo claro, ésta se puede colegir de la interpretación de distintas normas, tanto en materia civil como penal, sin perjuicio de que sea en materia civil donde existe más claridad respecto de esta potestad, debido a la existencia de las medidas para mejor resolver. Sin embargo, en materia penal, la posibilidad de ejercer iniciativa probatoria por parte del tribunal oral no ha sido discutida aún por parte de la doctrina ni la jurisprudencia. Al respecto, creo que esta potestad se encuentra consagrada en el nuevo Código, y lo único que se requiere para poder afianzarla y llevarla a cabo, es que los jueces interpreten la norma procesal penal de manera acorde con los nuevos tiempos, para que así el más moderno de los códigos de nuestro ordenamiento jurídico sea el fiel reflejo de una sociedad que se inserta en el contexto mundial no sólo a través de la vía económica sino también jurídica.

Considero que la tradicional diferencia en materia probatoria entre el Proceso Civil y el Proceso Penal ha desaparecido; que hablar de verdad material y verdad formal no pasa de ser una ficción; que el ejercicio de la función jurisdiccional no puede ser privada ni quedar a disposición de los particulares, y que el interés público reside en que la función se ejerza normal y regularmente, lo cual implica que no se puede llevar a un juez a que aplique las normas de derecho sustancial sobre una cuestión fáctica aparente o incompleta.

BIBLIOGRAFIA

- Bordalí, Andrés. "El debido proceso civil", en *La constitucionalización del derecho chileno*. Edit. jurídica de Chile (en prensa).
- Botto, Hugo. *Inconstitucionalidad de las medidas para mejor resolver*. Edit. Fallos del Mes, Santiago, 2001.
- Calamandrei, Piero. *Estudios sobre el Proceso Civil*. Edit. Tea, Buenos Aires, 1945.
- Cappelletti, Mauro. *El Proceso Civil en el Derecho Comparado. Las grandes tendencias evolutivas*. trad. de Sentís Melendo. Edit. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1973.
- Carocca, Alex, et al. *Nuevo proceso penal*. Edit. Jurídica Conosur, Santiago, 2000.
- Carocca, Alex. *Manual de derecho procesal*, T.II. Edit. LexisNexis, Santiago, 2003.
- Carrone, José Alberto. *Diccionario jurídico Abeledo-Perrot*, Tomo H, Segunda edición. Edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995.
- Cipriani Franco. *En el centenario del reglamento de Klein. El proceso civil entre autoridad y libertad*. Academia de derecho y de altos estudios judiciales, Bari, 1995.
- Chiovenda, Giuseppe. *Instituciones de derecho procesal Civil*, trad. Eduardo Gómez Orbaneja. Edit. Cardenas, Ciudad de México, 1989.
- Couture, Eduardo J. *Teoría de las diligencias para mejor proveer*. Edit. Casa A Barreiro Ramos, Montevideo, 1932.
- Del Río Ferretti et al. *De la reforma procesal penal*. Edit. jurídica Conosur, Santiago,

- 1999.
- Devis Echandía, Hernán. *Compendio de derecho procesal*, tomo I. Edit. ABC, Bogotá, 1985.
- Devis Echandía, Hernán. *Teoría general de la prueba judicial*, T.I y T.II. Edit. Zavalía, Buenos Aires, 1988.
- De la Oliva Santos, Andrés. *Derecho Procesal Civil*. Edit. Ceura, Madrid, 1995.
- Ferreira Da Silva, Carlos M. "Ponencia ante el XX Congreso Nacional de Derecho Procesal". Oct. 99, San Martín de los Andes. www.derecho-azul.org.
- Goldschmidt, Werner. *La imparcialidad como principio básico del proceso*. Edit. Librería Jurídica Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1955.
- Meneses Pacheco, Claudio. *Iniciativa probatoria del juez en el proceso civil*. Edit. jurídica Conosur, Santiago, 2001.
- Montero Aroca, Juan. *Los Principios Políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los poderes del juez y la oralidad*. Edit. Tirant lo blanch, Valencia, 2001.
- Montero Aroca, Juan. *Nociones generales sobre la prueba (entre el mito y la realidad)*. Edit. Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 2000.
- Morello, Augusto. *La prueba. Tendencias Modernas*. Edit. Abeledo- Perrot. Buenos Aires.
- Morello, Augusto. *La reforma de la justicia*. Edit. Platense SRL, La Plata, 1991.
- Picó i Junoy, Joan. "Los principios del nuevo proceso civil español", en *XVIII Jornadas iberoamericanas, XI Jornadas uruguayas de derecho procesal, en homenaje a la escuela procesalista uruguaya*. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2002.
- Taruffo, Michele. "Investigación judicial y producción de prueba por las partes", en *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, Vol. XV, Diciembre 2003 (en prensa).
- Tavolari Oliveros, Raúl. *Estudios de derecho procesal civil*. Edit. Edeval, Valparaíso, 1990.
- Tavolari Oliveros, Raúl. *Tribunales, Jurisdicción y proceso*. Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1994.
- Alvarado Velloso, Adolfo. *El juez, sus deberes y facultades*. Edit. de Palma, Buenos Aires, 1982. p. 274
- Constitución Política de la República de Chile.
- Código Procesal Civil.
- Código Procesal Penal.
- Diccionario de la Real Academia de la lengua. www.rae.es