

## Los poderes probatorios del juez y el modelo de proceso

### Evidential powers of the judges and the procedural models

Jordi Ferrer Beltrán  
Área de Filosofía del Derecho  
Universidad de Girona

Fecha de recepción 09/05/2017 | De aceptación: 01/12/2017 | De publicación: 27/12/2017

#### RESUMEN.

El artículo ofrece un replanteamiento del debate sobre la conveniencia de atribuir poderes probatorios al juez. Para ello, se sostiene, por un lado, que la respuesta para ese debate debe vincularse necesariamente al modelo de proceso y de juez que se pretenda implementar, así como a la necesidad de sostener el objetivo de averiguación de la verdad en el proceso judicial. Por otro lado, una respuesta adecuada al problema planteado requiere un análisis cuidadoso de los distintos poderes probatorios y del reparto de los mismos entre el juez y las partes.

#### PALABRAS CLAVE.

Poderes probatorios, modelos de proceso judicial, prueba, verdad.

#### ABSTRACT.

The paper analyzes the debate on the convenience of attributing evidential powers to the judge. It is argued, on the one hand, that any response for this debate depends necessarily upon 1) the features of two models to be implemented: the model of the judicial process and that of the judge; as well as upon 2) the need to assume the search for truth as the aim in every judicial process. On the other hand, a correct answer to the problem needs a careful analysis of the different -and differently distributed- evidential powers the judge and the parties have.

#### KEY WORDS.

Evidential powers, models of judicial process, evidence and proof, truth.

## 1. Introducción, 2. Modelos de proceso, 3. La búsqueda de la verdad, 4. Procesos centrados en las partes y centrados en el juez, 5. Los poderes probatorios del juez y de las partes, 6. Conclusiones.

### 1. Introducción

Las dos primeras décadas de este siglo XXI han estado marcadas desde el punto de vista jurídico por una efervescencia de las reformas procesales, tanto en España como en la mayor parte de los países latinoamericanos, y a raíz de ello, también por un cierto *revival* de algunos viejos debates. Uno de ellos es el de la conveniencia de otorgar poderes probatorios al juez y, en caso de que se hayan otorgado, de la oportunidad de ejercerlos y de sus límites.

Tanto en España como en Latinoamérica se han alzado voces radicalmente contrarias al otorgamiento de esos poderes y a su ejercicio, con un impacto importante en nuestra cultura jurídica<sup>1</sup>. No pretendo en este artículo analizar los concretos argumentos de un autor u otro, sino

mostrar más bien la insuficiencia de los argumentos habituales y señalar la necesidad de un debate que abandone instrumentos de trazo grueso y adopte más bien el bisturí analítico, adoptando clasificaciones de poderes probatorios más precisas y tomando como punto de partida un debate sobre los modelos de proceso.

Lejos de usar el bisturí, las grandes críticas a los poderes probatorios del juez se caracterizan muy habitualmente por un tratamiento muy grueso de los problemas implicados: i) una grosera confusión ideológica y hasta histórica, asimilando los sistemas procesales que otorgan poderes probatorios a sistemas políticos autoritarios<sup>2</sup>; ii) un tratamiento unitario de los poderes probatorios del juez, habitualmente reducido a la capacidad de ordenar pruebas de oficio, y en todo caso merecedor de un rechazo general; iii) la apelación a la pérdida de imparcialidad como argumento contra los poderes probatorios; y iv) la negación de la búsqueda de la verdad como objetivo para la prueba en el proceso judicial.

<sup>1</sup> Vid, por todos, Montero Aroca, J.: “Nociones generales sobre la prueba (entre el mito y la realidad)”, en *Cuadernos de Derecho Judicial. La prueba*, 2000, Madrid: Consejo General del Poder Judicial; Montero Aroca, J.: *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los poderes del juez y la oralidad*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2001; Alvarado Velloso, A.: *Debido proceso versus pruebas de oficio*, Bogotá: Temis, 2004; y, en Italia, Cipriani, F.: “Il processo civile tra vecchie ideologie e nuovi slogan”, en *Rivista di diritto processuale*, 2003.

<sup>2</sup> Vid. Montero Aroca, J.: “Nociones generales sobre la prueba (entre el mito y la realidad)”, *op. cit.*, p. 29 ss. Una certera crítica al respecto, puede verse en Oteiza, E.: “El juez ante la tensión entre libertad e igualdad”, en *Revista de Derecho Procesal*, 2002 (número extraordinario), p. 220; y en Taruffo, M.: “Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa”, en Taruffo, M.: *La prueba*, Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 159 ss.

## 2. Modelos de proceso

Evidentemente, detrás de la discusión sobre la conveniencia de otorgar poderes probatorios al juez hay un modelo de juez y de proceso judicial, que pocas veces se manifiesta expresamente y más raramente se justifica: un modelo de proceso como competición entre las partes en el que el juez debe ser el árbitro que determine el ganador, sin que deba importarle quién sea, en nombre del principio dispositivo, en el proceso civil, y de la imparcialidad judicial, en el penal<sup>3</sup>.

Sin embargo, claro está, ese no es el único modelo de juez ni de proceso judicial. Mirjan Damaška ha planteado una dicotomía entre dos grandes modelos de proceso: aquél dirigido a la resolución de conflictos y aquél dirigido fundamentalmente a la implementación de políticas públicas mediante la aplicación del derecho previamente establecido por el legislador<sup>4</sup>. El primero de ellos tiende hacia un ideal de justicia procedimental<sup>5</sup>, en el que el juez

juega un papel de árbitro de una contienda de la que es espectador necesariamente pasivo, en la que son las partes quienes gobiernan el proceso, determinando su objeto, estableciendo los hechos en disputa y los que quedan fuera del litigio, delimitando las pruebas sobre las que se tomará la decisión y determinando el resultado del proceso mediante su actuar procesal, especialmente en la práctica de las pruebas. Además, claro está, aunque no es incompatible con ella, resolver el conflicto no requiere como finalidad la búsqueda de la verdad sobre los hechos ocurridos<sup>6</sup>

En cambio, si se pone en el centro de la mesa un modelo de proceso gobernado por el objetivo de la correcta aplicación de las consecuencias jurídicas previstas en la legislación sustantiva, sea esta civil, penal, laboral, etc., esto exige de la institución probatoria que se dirija a la averiguación de la verdad. Sólo si se atribuye la consecuencia jurídica prevista para quien cause daño a un tercero a quien lo haya causado realmente y no se aplica a quien no lo haya causado podrá decirse, en definitiva, que el proceso ha cumplido con su función de aplicar el derecho vigente<sup>7</sup> y, de este modo, implementar las

<sup>3</sup> Se trata de lo que Roscoe Pound denominó ya en 1906 como concepción deportiva de la justicia y cuya exageración consideraba una de las causas de la insatisfacción popular con la Administración de Justicia. Vid. Pound, R.: “The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice”, reimpresso en 35 *Federal Rules Decisions*, 241, 1964, p. 281.

<sup>4</sup> Que serían reflejo de dos modelos de Estado, el reactivo y el proactivo, respectivamente. Vid. Damaška, M.: *The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process*. New Haven: Yale University Press, 1986, p. 71 ss.

<sup>5</sup> Damaška, M., op. cit., pp. 102-103. En el mismo sentido, Jolowicz, J.A.: “Adversarial and Inquisitorial Models of Civil

Procedure”, en *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 52, abril 2003, p. 285.

<sup>6</sup> Damaška, M., op. cit., pp. 122-123.

<sup>7</sup> Como ha mostrado Caracciolo (vid. Caracciolo, R.: “Justificación normativa y pertenencia. Modelos de decisión judicial”, en *Análisis filosófico*, vol. VIII, núm. 1, 1988, p. 43), no hay forma de “aplicar” una norma general a un hecho distinto del previsto en el propio antecedente de la norma y tampoco se aplica la norma cuando el enunciado fáctico que describe la ocurrencia del hecho

políticas públicas que el Estado busca conseguir a través del derecho.

Pero entonces el juez ya no puede ser un espectador pasivo de una competición entre las partes respecto de la que le es indiferente quien gane. Al juez le tiene que importar que gane el proceso quien deba ganarlo de acuerdo con la regulación vigente y con los hechos acaecidos en el mundo. En otros términos, la imparcialidad exige indiferencia entre las partes, pero no neutralidad entre la verdad y la falsedad: exige que se busque la verdad con independencia de a qué parte beneficie<sup>8</sup>.

Partiendo del primer modelo de proceso, mucho se ha discutido acerca de las ventajas e inconvenientes de abordar la gestión y resolución de conflictos a través del ámbito de lo jurídico o bien a través de los, por ello llamados, métodos *alternativos* de resolución de conflictos (ADR, por sus siglas en inglés). Se analizan en esa sede si esos otros métodos (negociación, mediación, conciliación, y hasta el arbitraje) ofrecerían

---

es falso. En otros términos, en esos casos, la norma individual contenida en el fallo de la sentencia no está justificada por las premisas de partida. Vid. también al respecto Hernández Marín, R.: *Razonamientos en la sentencia judicial*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 105 y ss.

<sup>8</sup> En el mismo sentido, Abel Lluch, X.: *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, Barcelona: Bosch editor, 2005, p. 160; Picó Junoy, J.: *El juez y la prueba. Estudio de la errónea recepción del brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam y su repercusión actual*, Barcelona: Bosch editor, 2007, p. 112; y Jolowicz, J.A.: "Adversarial and Inquisitorial Models of Civil Procedure", op. cit., p. 286.

mejores soluciones y, en su caso, más estables, más rápidas o más eficientes que aquellas que puedan ser aportadas por el proceso judicial.

Si se asume el segundo modelo de proceso (vinculado a un modelo de Estado activista), en cambio, una forma promisorio de abordar el problema es considerar que es el derecho, y no el proceso, el que debe ser considerado un método de resolución de conflictos. Podríamos así concebir el derecho como un mecanismo social ideado para prevenir, gestionar y resolver conflictos sociales<sup>9</sup>.

Desde esta óptica debemos preguntarnos cuál es la diferencia, si la hay, entre ese método de resolución de conflictos que es el derecho y todos los demás métodos con los que generalmente se trabaja. Entender bien esa diferencia permitiría replantear de nuevo la discusión acerca de las ventajas e inconvenientes del derecho, no ya del proceso, y de los ADR como métodos de resolución de conflictos.

A mi entender cabe sostener que lo que caracteriza al derecho, por diferencia de cualquier otro método de ADR es que aquél pretende resolver conflictos mediante normas generales y abstractas. Esto tiene importantes implicaciones,

---

<sup>9</sup> Esto no es incompatible con otras tesis funcionales del derecho que pongan el acento en el control social, en la seguridad jurídica, en el monopolio de la violencia, etc. Todas ellas podrían ser, desde esta perspectiva, funciones secundarias que servirían al objetivo fundamental de prevenir, gestionar y resolver conflictos.

puesto que supone, por ejemplo, que los conflictos que aborda el derecho son conflictos genéricos y no individuales. Esto es, no un conflicto definido por coordenadas espacio-temporales, sino una clase de conflictos definida por alguna propiedad común. Esto incide de forma crucial en qué va a ser considerado un valor a los efectos de calificar a una solución como adecuada para un conflicto.

En efecto, trabajar mediante el mecanismo de las reglas generales y abstractas para abordar la prevención, gestión y resolución de conflictos genéricos supone poner el acento, en primer lugar, en la igualdad de soluciones para todos los conflictos individuales que pertenezcan a una misma clase. Eso no quiere decir, necesariamente, que se sostenga una fuerte ideología igualitarista en sentido material, sino más bien que la clasificación genérica de los conflictos y la atribución de soluciones por parte del derecho permite, en principio, asegurar la igualdad formal y la seguridad jurídica. Y ésta última, entendida como posibilidad de prever las consecuencias jurídicas establecidas para las acciones de forma previa a su realización, ejerce la función de prevención de conflictos, a la vez que de garantía

de la aplicación de las políticas públicas con las que se pretenden resolver esos conflictos<sup>10</sup>.

En esa lógica, cada proceso judicial individual no puede en ningún caso tener autonomía para la atribución de soluciones individuales a los conflictos que se les planteen, divergentes de las soluciones genéricas previstas por las normas. Si así se hiciera (y cuando así se hace) fallaría la seguridad jurídica, de modo que fracasaría la previsibilidad de las soluciones. Por ello, resulta extraño a este método de resolución de conflictos el reconocimiento del valor del acuerdo de voluntades.

Los denominados ADR, en cambio, ponen el acento en el valor del acuerdo<sup>11</sup>. Así, una

---

<sup>10</sup> Debe advertirse que el proceso judicial sea, en este modelo, un mecanismo de aplicación al caso concreto de las políticas públicas implementadas por el derecho no es exclusivo del denominado derecho público. También a través del derecho privado se implementan políticas públicas, determinando el alcance de la autonomía individual, las consecuencias jurídicas del ejercicio de esa autonomía y, en ocasiones, preestableciendo la solución para determinados conflictos en los que el Estado decide no otorgar autonomía a los particulares. Sobre este punto puede verse, por ejemplo, aplicado al derecho de daños, Papayannis, D.M.: *El derecho privado como cuestión pública*, Bogotá: Universidad Externado, 2016, p. 203 ss. Y aún si no se admite el carácter, al menos parcialmente, público del derecho privado, de ahí no se infería el carácter privado del proceso judicial de derecho privado. En otros términos, la disponibilidad del proceso, característica de la mayoría de los procesos de derecho privado, no exime del carácter público al proceso y de su función de aplicación del derecho. En este sentido, entre otros muchos, puede verse Devis Echandía, H.: “La iniciativa probatoria del juez civil en el proceso contemporáneo”, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, nº IV, 1967, p. 68; y Picó Junoy, J.: *El juez y la prueba*, op. cit., p. 104 ss.

<sup>11</sup> Salvo, claro está, el arbitraje. En ese caso, no obstante, la solución sigue siendo una solución individual para un caso o conflicto individual, de forma que la solución será valiosa si se adapta a las especificidades concretas del caso, cosa que no ocurre en el caso de las soluciones jurídicas. Por otro lado, conviene advertir que normalmente se matiza que no todo acuerdo es

solución para un conflicto es valiosa si ha sido adoptada por el acuerdo de las partes; la negociación, la conciliación, la mediación, etc., son sólo los mecanismos para llegar a ese acuerdo. Con los debidos matices, no hay nada que objetar al acuerdo alcanzado si éste es libremente asumido por las partes y resulta para ellas satisfactorio.

Como puede observarse, pues, las lógicas del derecho y de los ADR son absolutamente distintas tanto desde el punto de vista de su técnica de resolución de conflictos como de los valores a los que se da preferencia. Eso no implica, por supuesto, que el derecho desconozca el valor de la autonomía individual y el valor del acuerdo para la solución de los conflictos. Implica, más bien, que el legislador adopta una decisión previa: deja a la autonomía las decisiones particulares que no le interesa regular y opta por la regulación jurídica para los conflictos que considera relevantes jurídicamente<sup>12</sup>. Cabe, además, la posibilidad de

---

admisibles para los ADR, sino sólo acuerdos calificados por el respeto a ciertas condiciones de *fair play* procedimental, pero ello no obsta al punto esencial de mi argumento, i.e., que el criterio fundamental de corrección es el acuerdo entre las partes del conflicto individual y no la aplicación de reglas generales preestablecidas.

<sup>12</sup> A veces también se adoptan soluciones intermedias, permitiendo a las partes (o a alguna de ellas) decidir si se aceptan la aplicación de la regulación jurídica o prefieren una solución distinta. Es el caso, por ejemplo, de la regulación jurídica de la sucesión intestada (aplicable sólo en el caso en que el causante no haya realizado testamento), o de los delitos de acción privada (que sólo se enjuician bajo el impulso procesal de quien afirma haber sido perjudicado por el delito).

que se reconozca eficacia jurídica a los acuerdos adoptados en uso de la autonomía individual allá donde el derecho calla sobre el fondo de los asuntos. Pero esa es sólo una técnica secundaria de aseguramiento de la paz social. Lo relevante es si el legislador ha considerado necesario regular genéricamente una clase de conflictos por ser éstos de interés público, o bien los ha dejado al albur del acuerdo voluntario de las partes.

### 3. La búsqueda de la verdad

La posibilidad de implementar políticas públicas a través del proceso judicial, como ya se dijo más arriba, presupone que las consecuencias jurídicas a través de las que se desarrollan las políticas se apliquen a los casos previstos por el propio derecho. Si en el proceso se atribuye la responsabilidad civil al más fuerte y no al causante del daño o se sanciona a quien no cometió el delito o el ilícito administrativo, entonces quedará totalmente frustrada la pretensión de guiar la conducta e implementar políticas a través del derecho.

Si una de las funciones principales del derecho es la implementación de políticas a través de la regulación de la conducta, el cumplimiento de esta función requiere que en el proceso se apliquen las consecuencias jurídicas previstas en las normas si, y sólo si, se han producido

efectivamente los hechos condicionantes de esas consecuencias. Para ello, la prueba como actividad tiene la función de comprobar la producción de esos hechos condicionantes o, lo que es lo mismo, de determinar el valor de verdad de los enunciados que describen su ocurrencia. Y el éxito de la institución de la prueba jurídica se produce cuando los enunciados sobre los hechos que se declaran probados son verdaderos, por lo que puede sostenerse que la función de la prueba es la determinación de la verdad sobre los hechos<sup>13</sup>.

Pensemos por un momento en una alternativa radical a esta reconstrucción. Supongamos que la consecuencia jurídica prevista (la sanción, por ejemplo) se atribuyera aleatoriamente. Así, los órganos encargados de la adjudicación jurídica podrían realizar un sorteo para determinar cada mes quién debe ser sancionado, fijando un número de sanciones también aleatorio. Está claro, que en esa situación, no habiendo ninguna vinculación entre las conductas de cada uno de los miembros de esa sociedad y la probabilidad de ser sancionado, no habría tampoco razón alguna para comportarse de

acuerdo con lo establecido por las normas jurídicas. Dicho de otro modo, sólo si el proceso judicial cumple la función de determinar la verdad de las proposiciones referidas a los hechos probados podrá el derecho tener éxito como mecanismo pensado para dirigir la conducta de sus destinatarios. Sólo podrá influirse en la conducta de los hombres y mujeres para que no maten si, efectivamente, el proceso cumple la función de averiguar quién mató y le impone la sanción prevista por el derecho.

Por todo ello, la prueba como actividad procesal tiene la función de comprobar la producción de los hechos condicionantes a los que el derecho vincula consecuencias jurídicas o, lo que es lo mismo, determinar el valor de verdad de las proposiciones que describen la ocurrencia de esos hechos condicionantes.

Ahora bien, asumido que la averiguación de la verdad es el objetivo fundamental de la actividad probatoria en el proceso judicial<sup>14</sup>, también lo es que ese no es el único objetivo. Como bien señala Van Fraassen<sup>15</sup>, decir que algo es la finalidad de una institución o actividad, no excluye que existan otras finalidades o propósitos.

<sup>13</sup> En el mismo sentido, entre otros, Taruffo, M.: *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè 1992, p. 373; Lombardo, L.G.: “Ricerca della verità e nuovo processo penale”, en *Cassazione penale*, 1993, p. 752; Ubertis, G.: *La prova penale. Profili giuridici de epistemologici*. Torino: Utet Libreria, 1995, p. 4-5; Andrés Ibáñez, P.: “«Carpintería» de la sentencia penal (en material de «hechos»)”, en *Poder judicial*, nº 49, 1998, p. 395.

<sup>14</sup> Mayor detalle en los argumentos puede verse en Ferrer Beltrán, J.: *Prueba y verdad en el derecho*, 2ª ed., Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 55 ss.; y en Ferrer Beltrán, J.: *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 29 ss.

<sup>15</sup> Vid. Van Fraassen, B.C.: *The Scientific Image*, Oxford: Oxford University Press. Citado por la traducción castellana de Martínez, S.: *La imagen científica*, México D.F.: Paidós-UNAM, 1996, p. 24.

Y éste es el caso de la regulación jurídica de la prueba, que en muchos casos puede ser entendida como la imposición de excepciones a las reglas de la epistemología general en aras de la protección de otros valores, que comparten protección jurídica con la averiguación de la verdad<sup>16</sup>. Así, por ejemplo, puede mencionarse el interés por la celeridad en la toma de una decisión que resuelva el conflicto planteado y que lo haga definitivamente, la protección de los derechos individuales, el secreto de determinadas comunicaciones (como la que se dé entre abogado y cliente), la protección de la paz familiar o de la libertad religiosa (permitiendo, por ejemplo, no declarar en ciertas condiciones al cónyuge del imputado o al sacerdote), etc. Pero que en ocasiones entren en conflicto nuestros objetivos y que debamos postergar alguno de ellos respecto de esa situación no implica en absoluto que dejemos de tener el objetivo que hemos postergado e incluso que no tenga un valor fundamental en nuestra actuación.

---

<sup>16</sup> En el mismo sentido, por todos, Bentham, J.: *Traité des preuves judiciaires*, editado a partir de manuscritos por Dumont, E., Paris: Hector Bossange, 1830. Citado por la traducción española de Ossorio, M.: *Tratado de las pruebas judiciales*, Granada: Comares, 2001, p. 395; Rescher, N. y Joynt, C.B.: “Evidence in History and in the Law”, en *The Journal of Philosophy*, vol. LVI, 13, 1959, p. 568; Twining, W.: *Rethinking Evidence. Exploratory Essays*, 2ª ed., Evanston, Illinois: Northwestern University Press, 1994, p. 205.

## 4. Procesos centrados en las partes y centrados en el juez

Es muy habitual plantear una correlación, cuando no una implicación, entre el modelo de proceso judicial dirigido a la averiguación de la verdad con el proceso inquisitivo y, a su vez, entre la negación de ese objetivo y el proceso adversarial<sup>17</sup>. Sin embargo, como bien ha señalado Taruffo, esta asimilación esconde una destacable confusión en el uso del término “inquisitivo”, con una carga emotiva también reseñable, que lo vincula con el modelo propio de la Santa Inquisición, “en cuyos procesos la persona investigada no tenía ningún poder de defensa frente a un tribunal omnipotente (...), con la finalidad de generar una valoración negativa sobre todo aquello a lo que viene referido”<sup>18</sup>.

Por ello, estimo acertada la propuesta de prescindir de ese planteamiento y substituirlo por una escala en cuyos extremos podríamos situar

---

<sup>17</sup> Vid., por todos, Montero Aroca, J.: Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los poderes del juez y la oralidad, op. cit., p. 116 ss.

<sup>18</sup> Taruffo, M.: “Los poderes probatorios de las partes y del juez en Europa”, op. cit., p. 160. No es esta la única caricaturización o deformación de la realidad que está en la base del rechazo a todo poder probatorio del juez. Una buena muestra la encontramos en la deformación del clásico brocardo *iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam*, por el muy distinto *iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium*, en el que se añade sin decirlo el requisito de que las alegaciones y pruebas sean de aportación de parte. Sobre la deformación del brocardo clásico en su recepción por la procesalística alemana y de ahí por la italiana, española y latinoamericana, véase el excelente estudio de Picó Junoy, J.: *El juez y la prueba*, op. cit., p. 43 ss. También al respecto, Nieva Fenoll, J.: “La cattiva reputazione del principio inquisitorio”, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, a. LXVIII, fasc. 3, 2014, p. 947 y ss.



respectivamente un modelo de proceso centrado en el juez y un modelo centrado en las partes<sup>19</sup>.

Evidentemente, el modelo de proceso como mecanismo de resolución de conflictos, vinculado a un rol pasivo del juez, se situaría en el extremo que dejaría la iniciativa y la conducción del proceso íntegramente a las partes.

Sin embargo, el modelo de proceso como mecanismo de implementación de las políticas públicas contenidas en el derecho no está comprometido con ninguno de los extremos y más bien conlleva precisamente su rechazo.

El punto de partida, como no puede ser de otro modo, será siempre en quién queremos depositar la iniciativa de activar el proceso judicial. Dependiendo del tipo de proceso o jurisdicción en que nos encontremos podemos optar por situarla enteramente en las partes (en aplicación del principio dispositivo) o en el juez o en alguna combinación entre ellas. Pero una vez activado el mecanismo del proceso judicial, el modelo de proceso que aquí se ha defendido supone que éste está guiado, por lo que a la prueba se refiere, por el objetivo de la averiguación de la verdad<sup>20</sup>. Por ello, deberemos

preguntarnos cuál es el reparto de poderes probatorios entre las partes y el juez que resulta más adecuado para la consecución de ese objetivo.

## 5. Los poderes probatorios del juez y de las partes

Para abordar la relación entre los poderes probatorios de las partes y del juez y el objetivo de la averiguación de la verdad es necesario evitar dos simplificaciones muy habituales. En primer lugar, debe rechazarse de plano la asimilación entre un modelo de proceso dirigido a la averiguación de la verdad y el proceso íntegramente centrado en el juez (o, si se prefiere, el proceso inquisitivo). Por un lado, es evidente que permitir la aportación de pruebas de parte (sin por ello negar necesariamente poderes probatorios de oficio al juez) es un buen mecanismo para

---

continuarlo, así como la determinación del objeto del proceso. El segundo, en cambio, supondría que sólo las partes pueden aportar pruebas al proceso para acreditar sus alegatos fácticos. Es claro que las razones para fundar o rechazar cada uno de esos principios son diversas, pudiéndose perfectamente sostener uno sin el otro, lo que impone la necesidad de no confundirlos (vid. Nieva Fenoll, *ibídem*, p. 952 y las referencias allí citadas). Es muy interesante también integrar en este punto la jurisprudencia que en materia de derecho del consumo ha desarrollado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: así, contra la imagen del juez pasivo, el Tribunal ha promovido la declaración de oficio por parte de los jueces de cláusulas abusivas no alegadas por las partes, siempre que ello resulte del expediente judicial (lo que limita incluso el poder exclusivo de las partes de delimitar el objeto del proceso), en aras de la efectividad de las políticas públicas de protección de los consumidores. Vid. al respecto una buena presentación y análisis en Nieva Fenoll, J.: “La actuación de oficio del juez nacional europeo”, en *Diario La Ley*, Nº 9000, Sección Doctrina, 14 de Junio de 2017.

---

<sup>19</sup> Vid. Taruffo, M.: *La prueba*, Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 109 y ss.

<sup>20</sup> Como bien señala Nieva Fenoll (“La cattiva reputazione del principio inquisitorio”, *op. cit.*, p. 947 y ss.), conviene mantener separados el principio dispositivo y el principio de aportación de parte. El primero incluiría el poder de iniciar el proceso y de

mejorar la riqueza del acervo probatorio con el que se dirimirá el proceso, puesto que las partes suelen tener conocimiento de pruebas, y acceso a ellas, que pueden ser muy útiles para la averiguación de la verdad. Por otro lado, la participación de las partes en la práctica en contradictorio de las pruebas (que no excluye tampoco necesariamente la participación del juez) es también un mecanismo cognoscitivo de gran valor para mejorar el conjunto de elementos de juicio del proceso, tanto cuantitativamente (mediante la presentación de pruebas sobre la prueba, por ejemplo), como cualitativamente (aportando información sobre la fiabilidad de pruebas ya incorporadas al expediente).

En segundo lugar, a pesar del plural de la expresión “poderes probatorios del juez”, el debate al respecto suele centrarse en la facultad de ordenar de oficio la práctica de pruebas no solicitadas por las partes. Ello, en mi opinión, supone una reducción excesiva del tema en análisis. Resulta necesario, en cambio, poner en contexto esa potestad con otros poderes probatorios en el procedimiento.

Por ello, una vez rechazadas las dos simplificaciones mencionadas, conviene hacer un mapa de los poderes probatorios en el proceso judicial. A partir de ahí, podrá y deberá estudiarse qué reparto de poderes probatorios entre las partes

y el juez es más adecuado para el objetivo de la averiguación de la verdad. No lo serán, desde luego, las opciones que se sitúan en los extremos: ni un proceso que otorgue todos los poderes probatorios al juez ni uno que los atribuya por completo a las partes son los más aptos para la persecución del objetivo de la averiguación de la verdad. La participación de las partes es imprescindible, como ya se dijo anteriormente, pero sus intereses no tienen porqué coincidir con la averiguación de la verdad ni con la implementación de las políticas públicas a través del proceso, lo que hace necesario equilibrar la balanza con poderes probatorios del juez. Desde el punto de vista del diseño procesal, el objetivo deberá ser, pues, buscar ese equilibrio en el reparto de los poderes probatorios que maximice las probabilidades de averiguar la verdad sobre los hechos en el proceso.

Pues bien, para hacer un mapa (no necesariamente exhaustivo) de los principales poderes probatorios, creo que deben registrarse, al menos, seis poderes, independientes entre ellos, que cada legislación puede o no otorgar (y con mayor o menor amplitud):

- 1) La potestad del juez de admitir o inadmitir las pruebas propuestas por las partes. Por supuesto, en línea de principio, esa potestad puede estar reglada a través de

criterios claros que no apelen a aspectos subjetivos del juzgador, en cuyo caso podríamos estar hablando aquí simplemente de una discrecionalidad en un sentido muy débil: aplicar los criterios al caso concreto exige siempre discernimiento para subsumir la situación planteada en el caso en los criterios generales. Sin embargo, en ocasiones la legislación o la jurisprudencia otorgan al juez una potestad discrecional en un sentido más fuerte, i.e., la que resulta de la indeterminación del derecho. Un ejemplo del primer tipo es la potestad de inadmitir pruebas que, aunque tomadas aisladamente serían relevantes, son redundantes si se ponen en relación con las demás pruebas aportadas. Por supuesto, la aplicación del criterio de exclusión de la redundancia requiere de un análisis del conjunto de las pruebas presentadas que sólo puede hacer el juez en el caso concreto.

En cambio, un caso de indeterminación en relación con la admisibilidad de las pruebas es, por ejemplo, el recurso a las necesidades del juez como criterio para la admisión de pruebas periciales<sup>21</sup>. Un

<sup>21</sup> Evidentemente, si se interpreta el criterio en el sentido de que la prueba pericial será admisible cuando el juez estime que necesita el conocimiento experto para decidir, ello deja en manos del juez y

efecto parecido puede producirse cuando el legislador menciona únicamente el *nomen juris* de diversos criterios de admisibilidad, sin que su contenido sea claro, sin aportar una definición de los mismos y sin que sea obvio siquiera que se trate de criterios distintos. La utilización conjunta, indefinida e indiscriminada de la relevancia, utilidad, conducencia, pertinencia, etc., es un buen ejemplo de ello<sup>22</sup>.

- 2) La capacidad del juez de intervenir en la práctica de la prueba, especialmente por lo que hace a las pruebas personales (testificales y periciales, especialmente), formulando preguntas, pidiendo aclaraciones, solicitando de los deponentes mayores detalles o precisiones. Y, por el otro lado, la potestad de las partes de delimitar con sus preguntas el objeto de la declaración.

---

sin control posible alguno la potestad de admitir o inadmitir la prueba a su entera voluntad. Un análisis de este criterio puede verse en Vázquez, C.: “La admisibilidad de las pruebas periciales y la racionalidad de las decisiones judiciales”, en *Doxa*, 38, 2015: p. 119 ss. Agradezco a Carmen Vázquez la indicación de este poder probatorio del juez.

<sup>22</sup> En este sentido, puede verse un análisis de los criterios de admisibilidad de la prueba en el proceso penal mexicano en Vázquez, C.: “Los retos de las pruebas periciales a partir del nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales. Apuntes desde la epistemología jurídica”, en *Problema. Anuario de filosofía y teoría del derecho*, nº 11, 2017, p. 358 y ss. Nieva Fenoll, por su parte, destaca la paradoja de que “la mayoría de quienes critican la prueba de oficio en el proceso civil no hayan dirigido las mismas objeciones hacia la actividad de admisión de la prueba, que es enteramente oficiosa” (Nieva Fenoll, J.: “La cattiva reputazione del principio inquisitorio”, op. cit., p. 965).

En este punto, adquiere central importancia la implementación del principio de contradicción como un mecanismo epistemológico para determinar la fiabilidad de las pruebas y no como un instrumento para escenificar la disputa entre las partes<sup>23</sup>. Se trata de concebir la tarea del juez integrada en el desarrollo del principio de contradicción: este, en efecto, no se agota en la oposición entre las partes y, mucho menos, en una escenificación oral de una disputa retórica entre ellas, sino que es un instrumento cognoscitivo crucial para la posterior evaluación de la fiabilidad de las distintas pruebas<sup>24</sup>.

Por otro lado, también debería definirse el modo y el alcance con el que las partes podrán ejercer sus potestades probatorias en este punto, también a través de su participación en la contradicción. Así, si la premisa de partida es que el objetivo es la averiguación de la verdad sobre los hechos objeto de la declaración testifical, la psicología del testimonio, por ejemplo,

nos enseña que no todas las formas de llevar a cabo el interrogatorio inciden del mismo modo en la fiabilidad de la información obtenida, por lo que deberían regularse las modalidades de ejercicio de la facultad de las partes y del juez de interrogar en atención a la maximización de esa fiabilidad<sup>25</sup>.

- 3) La capacidad del juez de indicar a las partes lagunas probatorias que estas deberían integrar, pudiendo incluso determinar qué concretas pruebas deberían aportar y no han aportado al procedimiento. Esta posibilidad, que por ejemplo prevé la Ley de Enjuiciamiento Civil española (artículo 429.1), tiene por finalidad aumentar el peso probatorio, i.e., la cantidad de información relevante disponible en el expediente a los efectos de maximizar las probabilidades de acierto en la decisión probatoria final. Pero es, evidentemente, un poder probatorio menos intenso que el de ordenar directamente las pruebas de oficio.

A su vez, cabe diseñar esta facultad como un poder/deber, es decir, como un deber del juez de indicar las lagunas probatorias existentes en la proposición de prueba

---

<sup>23</sup> Para mayor detalle al respecto, vid. Ferrer Beltrán, J.: *La valoración racional de la prueba*, op. cit., p. 86 ss.

<sup>24</sup> Sobre la participación del juez en la contradicción respecto de la práctica de las pruebas periciales, por ejemplo, puede verse Vázquez, C.: *De la prueba científica a la prueba pericial*. Madrid: Marcial Pons, 2015, pp. 177 ss. y 255 ss.

---

<sup>25</sup> Sobre las enseñanzas empíricas sobre la fiabilidad del testimonio y el impacto de los distintos modos del interrogatorio es imprescindible Diges, M.: *Testigos, sospechosos y recuerdos falsos*. Madrid: Trotta, 2016.

formulada por las partes (por no proponer pruebas que, en cambio, son necesarias para poder probar los hechos alegados) o bien como una facultad en sentido estricto, de modo que quedará a la discreción del juzgador utilizarla o no. Ello tiene también importantes efectos procesales, pues si se considera un deber pudiera abrir la puerta a la impugnación de la sentencia si en ella se declarara la insuficiencia probatoria por efecto de lagunas probatorias no señaladas.

Por el otro lado, una vez indicada la laguna probatoria por el juez, cabe preguntarse si la o las partes tienen el deber de aportar la prueba (con consecuencias jurídicas que habrá que determinar en caso de no hacerlo) o tienen la facultad de decidir si la aportan o no.

- 4) La capacidad del juez de disponer la incorporación de pruebas no solicitadas por las partes. Este es el supuesto típico de poder probatorio del juez, pero es importante advertir que esta potestad tampoco es uniforme ni una cuestión categorial, de modo que sólo pueda determinarse si se tiene o no se tiene. Así pues, en ella también deberían distinguirse diversas intensidades: así, por un lado, existen ordenamientos que, como el *Code*

*de procédure civil* francés (artículo 10), atribuyen al juez poderes generales de iniciativa probatoria de oficio. Otros ordenamientos, en cambio, imponen distintos límites, como en el caso alemán en el que el juez no puede ordenar de oficio la adquisición y práctica de pruebas testificales. Aún otros ordenamientos atribuyen específicamente algunas concretas facultades de iniciativa probatoria, como por ejemplo la regla 614.a de las *Federal Rules of Evidence* estadounidenses, que atribuye al juez la potestad de ordenar de oficio la adquisición y práctica de pruebas testificales no solicitadas por las partes; o la regla 706 de las mismas *Federal Rules of Evidence*, que atribuye al juez la facultad para ordenar de oficio pruebas periciales, designando también a los expertos. En este último caso, por ejemplo, es distinto que el juez pueda ordenar una prueba pericial a que incluya en una prueba pericial sí solicitada por las partes un extremo o pregunta dirigido al perito que no fueron indicados por aquellas. En la misma línea, también deberá observarse si el juez tiene capacidad o no para seleccionar al perito, por ejemplo, o este es un aspecto que se deja al consenso entre las partes, o a la

suerte de las listas corridas, si los peritos de las partes pueden estar presentes en las pericias que realice el perito de oficio, etc. Resulta también de importancia determinar el momento procesal en que el juez puede ordenar la aportación y práctica de pruebas no propuestas por las partes: ¿podrá hacerlo sólo en el momento de proposición y admisión de pruebas?<sup>26</sup> ¿durante toda la fase probatoria? Y, claro está, será importante determinar si las partes tienen en ese momento procesal la posibilidad de proponer pruebas sobre la prueba que puedan poner en cuestión la fiabilidad de la prueba adquirida de oficio. De nuevo el principio de contradicción como mecanismo epistemológico indica que esa posibilidad siempre debe existir, de modo que se equilibre de nuevo el reparto de poderes probatorios.

- 5) Hay que destacar también la capacidad del juez de alterar durante el desarrollo del proceso la carga de la prueba. Esta es la denominada carga dinámica de la prueba<sup>27</sup>, cuya previsión se ha extendido

---

<sup>26</sup> También puede ser de interés aquí tomar en consideración si en el diseño procesal de que se trate el juez de admisión de la prueba y el de juicio es el mismo o no.

<sup>27</sup> Sobre la carga dinámica de la prueba se ha escrito mucho en estos últimos años. Por todos, puede verse Peyrano, J.W. y Chiappini, J.O.: “Lineamientos de las cargas procesales dinámicas”, en *El Derecho*, tomo 107, 1984, p. 1005 ss.; y Peyrano, J.W.: *Cargas probatorias dinámicas*, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni editores, 2008.

como la pólvora en estos últimos años en los sistemas jurídicos iberoamericanos. Esta expansión, vale la pena decirlo, es llamativa por cuanto se ha producido al mismo tiempo que se han puesto en cuestión los poderes probatorios del juez en nombre de la imparcialidad. Esta coincidencia es muestra de la incompreensión del poder probatorio intenso que la institución de la carga dinámica atribuye a los jueces y tribunales.

Para decirlo en las palabras que prefiere uno de los precursores de la institución, Jorge Peyrano, “[l]a llamada doctrina de las cargas probatorias dinámicas puede y debe ser utilizada por los estrados judiciales en determinadas situaciones en las cuales no funcionan adecuada y valiosamente las previsiones legales que, como norma, reparten los esfuerzos probatorios. La misma importa un desplazamiento del *onus probandi*, según fueren las circunstancias del caso, en cuyo mérito aquél puede recaer, verbigracia, en cabeza de quien está en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas para producirlas, más allá del emplazamiento como actor o demandado

o de tratarse de hechos constitutivos, impeditivos, modificativos o extintivos<sup>28</sup>.

Es decir, se atribuye al juez la potestad de alterar la carga de la prueba en el caso concreto en función de su evaluación sobre cuál de las partes tiene mejor acceso a la prueba o mayor facilidad para producirla.

Se trata, como puede fácilmente percibirse, de un poder probatorio de gran intensidad, puesto que afecta directamente a la distribución del riesgo probatorio entre las partes y, por ello, puede determinar directamente el resultado del proceso<sup>29</sup>.

En mi opinión, la doctrina de la carga dinámica de la prueba ha tenido la virtud de poner el foco de atención en la importancia de extraer consecuencias jurídicas de la relativa facilidad o disponibilidad probatoria de cada una de las partes en el proceso, estableciendo

incentivos a su colaboración procesal en la averiguación de la verdad<sup>30</sup>. Sin embargo, a partir de este sano punto de partida se postula una consecuencia que en nada se sostiene en él. En efecto, los autores que han propuesto la doctrina no distinguen adecuadamente dos sentidos de la carga de la prueba o, mejor aún, entre el deber de aportar determinadas pruebas al proceso y la carga de la prueba en sentido estricto<sup>31</sup>. El primero obedece a la pregunta acerca de quién debe aportar prueba al procedimiento y es aquí donde radica la importancia del criterio de quién tiene la disponibilidad y el acceso a la prueba o la facilidad para producirla<sup>32</sup>. La segunda obedece a la pregunta de quién pierde si

<sup>28</sup> Vid. Peyrano, J.W.: “Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas”, en Peyrano, J. W.: *Cargas probatorias dinámicas*, op. cit., pp. 19-20. Cursiva en el texto original.

<sup>29</sup> Además, en función del momento procesal en que se lleve a cabo esa alteración del *onus probando*, ello puede tener un grave impacto en la seguridad jurídica. Al respecto, vid. De Paula Ramos, V.: *Ônus da prova no processo civil. Do ônus ao deber de probar*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015, p. 51. También la “Declaración del Instituto Panamericano de Derecho Procesal sobre la teoría de las cargas probatorias dinámicas”, en *Revista Latinoamericana de Derecho Procesal*, nº 9, mayo de 2017.

<sup>30</sup> Se trata de evitar que la parte que no tiene la carga de la prueba evite incorporar pruebas relevantes para la toma de decisión que tiene a su disposición en perjuicio de la verdad y de la parte contraria.

<sup>31</sup> Respecto de esta confusión, vid. De Paula Ramos, V.: *Ônus da prova no processo civil. Do ônus ao deber de probar*, op. cit., p. 53 ss.

<sup>32</sup> Así, por ejemplo, en un proceso por negligencia médica, podrá ordenarse al galeno o al hospital que aporte el expediente médico, puesto que son éstos quienes disponen de él, pero esa disponibilidad no justifica en absoluto que se revierta la carga de la prueba en el sentido de quién pierde si no hay prueba suficiente. Si el médico aporta el expediente tendrá perfecto sentido que quien siga cargando con el riesgo de la insuficiencia probatoria sea el paciente. Y si el médico o en general la parte a quien se ordenó producir prueba no lo hiciera caben diversas consecuencias jurídicas: una multa, una sanción por desacato o incluso imponer como sanción la pérdida del proceso (lo que no es en ningún caso un resultado probatorio sino una sanción procesal). Esto es, dicho sea de paso, lo que en mi opinión ocurre en la mal llamada presunción de paternidad cuando el demandado en un proceso civil de determinación de la paternidad se niega a prestar muestras para hacer una prueba de ADN: es el demandado quien dispone de la muestra y por ello se le impone la obligación de ofrecerla, con la sanción de la pérdida del proceso y, por tanto, la atribución de la paternidad, si se niega.

no hay prueba suficiente. Es evidente que las dos preguntas no requieren necesariamente la misma respuesta ni operan en el mismo momento procesal. Así, por ejemplo, en un proceso por negligencia médica podemos exigir del demandado, el médico, que aporte el expediente médico al procedimiento y, contemporáneamente determinar que será el demandante quien pierda el procedimiento si finalmente su hipótesis sobre los hechos no alcanza el nivel probatorio exigido por el estándar de prueba aplicable. Invertir la carga de la prueba, en el sentido de quién pierde el procedimiento si no hay prueba suficiente, en función de la disponibilidad probatoria no es más que una decisión infundada derivada de no distinguir los dos sentidos de la “carga” de la prueba.

Siendo así, podríamos perfectamente mantenernos en una doctrina clásica y fija de la carga de la prueba, en el sentido de quién pierde si no hay prueba suficiente, de modo que sea fijada por el legislador y no pertenezca pues a los poderes probatorios del juez. En cambio, sí estaría justificado atribuir al juez, por mor de fomentar la obtención del acervo probatorio más rico posible, la potestad de

imponer deberes de producir prueba a cualquiera de las partes (en función de la accesibilidad y facilidad probatoria de cada una de ellas respecto de cada prueba)<sup>33</sup> y con independencia de en cuál de ellas recaiga la carga de la prueba.

En la distribución de los poderes probatorios entre el juez y las partes deberá determinarse en todo caso, si la imposición de ese deber de producir prueba a una de las partes puede ser realizada de oficio por el juez o bien sólo a instancia de la parte que no dispone de la prueba.

- 6) Finalmente, queda el poder probatorio más intenso. En efecto, la imposición al juez del deber de decidir qué hipótesis fácticas se consideran probadas<sup>34</sup>, unida a la ausencia de estándares de prueba que

---

<sup>33</sup> Quedará por determinar también cuál sea la consecuencia del incumplimiento por la parte afectada por el deber de producir la prueba. En todo caso, siendo este un deber en sentido estricto, la consecuencia jurídica no puede ser otra que una sanción: por un delito de desacato, una sanción pecuniaria, o también la sanción procesal de perder el procedimiento (no ahora como resultado del razonamiento probatorio una vez producidas las pruebas, sino como consecuencia del incumplimiento de un deber impuesto por el juez). Es muy clara en este sentido la sentencia de la Corte Suprema colombiana 9193-2017, de 28 de junio de 2017 (ponente: Ariel Salazar Ramírez), interpretando el artículo 167.2 del Código General del Proceso. Cuál sea la consecuencia del incumplimiento debería establecerse legislativamente, pero también cabe que se otorgue el poder probatorio al juez para que sea él, de forma proporcional al caso, quién determine la sanción, que debería ser en todo caso señalada en el momento de establecer el deber de aportación de una prueba para la parte.

<sup>34</sup> Aunque para este punto bastaría con que fuera una facultad.



apelen a criterios intersubjetivamente controlables, otorga al juez la mayor de las potestades probatorias: decidir el grado de corroboración que una hipótesis fáctica debe tener para ser considerada probada y, con ello, dirimir el procedimiento. Como ha mostrado adecuadamente Laudan<sup>35</sup>, al establecer el nivel de suficiencia probatoria, los estándares de prueba distribuyen el riesgo de error entre las partes. Por ello, si el juez tiene la posibilidad de decidir en cada caso cuán alta debe ser la corroboración de una hipótesis fáctica para considerarla probada, estará decidiendo con ello la suerte probatoria del proceso.

Hay dos situaciones que pueden tener como resultado la atribución de este poder probatorio al juez: a) una mala técnica legislativa, que utilice criterios de decisión absolutamente vacíos (como la sana crítica), totalmente insuficientes (como las reglas de la lógica o el conocimiento científico), o absolutamente subjetivos (como la convicción judicial, la decisión en conciencia, la certeza o el más allá de toda duda razonable<sup>36</sup>); y b) la atribución

al juez, de forma expresa o implícita, del poder de determinar el nivel de exigencia probatoria en cada caso individual<sup>37</sup>. En ambos casos el juez dispone del poder probatorio más intenso imaginable, como ya he mencionado, que es difícilmente compatible en mi opinión con el debido proceso y la seguridad jurídica<sup>38</sup>. Y llama especialmente la atención que esto no haya sido advertido por los detractores de los poderes probatorios del juez ni por los defensores del garantismo en el proceso judicial.

Cada una de estas seis manifestaciones de los poderes probatorios del juez es de distinta

---

debo advertir que su formulación es totalmente vacía si no se dispone de criterios de razonabilidad de la duda; y es totalmente subjetiva si, como ha hecho la Corte Suprema de ese país, se considera que la razonabilidad es autoevidente y sólo a través de la íntima convicción de cada uno de los miembros del jurado se puede determinar. Una presentación muy ilustrativa de la jurisprudencia norteamericana sobre el “más allá de toda duda razonable” puede encontrarse en Laudan, L.: *Verdad, error y proceso penal*, op. cit., cap. II; también en Id.: “Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”, en *Doxa*, nº 28, 2005.

<sup>37</sup> Lillquist (“Recasting Reasonable Doubt: Decision Theory and the Virtues of Variability”, en *U.C. Davis Law Review*, vol. 36, nº 1, 2002, p. 146 y ss.) ha realizado, precisamente, una defensa de la indefinición legal del estándar de prueba como forma de atribuir al juez la capacidad de variar el nivel de exigencia probatoria en función de las circunstancias del caso concreto y del acusado.

<sup>38</sup> Aunque no tengo espacio para desarrollar aquí el argumento, no quiero dejar de señalar que instrumentos jurídicos esenciales como la carga de la prueba, la presunción de inocencia, etc., devienen totalmente inoperantes si no conocemos el grado de corroboración que debe tener una hipótesis fáctica para satisfacer la carga de la prueba o para derrotar la presunción de inocencia, por ejemplo. Es claro también, en mi opinión, que este grado no podrá señalarse mediante metodologías de probabilidad matemática, sino acudiendo a formulaciones propias de la probabilidad inductiva.

---

<sup>35</sup> Vid. Laudan, L.: *Verdad, error y proceso penal*. Un ensayo sobre epistemología jurídica, Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 107 ss.

<sup>36</sup> Por cuanto a muchos pudiera sorprender la inclusión aquí del clásico estándar de prueba estadounidense para el proceso penal,

intensidad o, lo que es lo mismo, supone una mayor o menor intervención en el devenir probatorio del proceso; ello deberá ser tenido en cuenta precisamente cuando se plantee su compatibilidad con la imparcialidad judicial. El riesgo de que un mal uso de la potestad haga cruzar la línea de la parcialidad es mayor cuanto mayor es la intensidad del poder probatorio otorgado al juez y menores son los contrapesos de poder probatorio de las partes.

## 6. Conclusión

En este trabajo he intentado mostrar las debilidades de las objeciones tradicionales a los poderes probatorios del juez. Para ello, han sido necesarias dos estrategias: en primer lugar, he señalado la necesidad de encuadrar este debate en uno más general acerca del modelo de proceso judicial y, consecuentemente, de juez que estimamos deseable. He defendido un modelo de proceso judicial como mecanismo de implementación de las políticas públicas definidas a través del derecho, lo que exige sin lugar a dudas maximizar las probabilidades de alcanzar el objetivo de la averiguación de la verdad sobre los hechos.

Con ello, podemos ya plantearnos, en segundo lugar, una gama de facultades probatorias que cada ordenamiento puede distribuir de distintos modos entre el juez y las

partes. Se ha mostrado también que no todos los poderes probatorios tienen la misma intensidad y que distintas distribuciones de los mismos entre las partes y el juez pueden tener efectos diversos respecto del objetivo de averiguación de la verdad. Por ello, podemos tener buenas razones epistémicas para atribuir al juez, a las partes o al juez y a las partes ciertas facultades probatorias y no otras. El resultado dependerá del completo diseño de la distribución de esas facultades, pero en todo caso no parece que un proceso dirigido, por lo que hace a la prueba, a la averiguación de la verdad, sea compatible con un modelo de proceso totalmente centrado en las partes o totalmente centrado en el juez.

## 7. Bibliografía

- ABEL LLUCH, X.: *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, Barcelona: Bosch editor, 2005.
- ALVARADO VELLOSO, A.: *Debido proceso versus pruebas de oficio*, Bogotá: Temis, 2004.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, P.: “«Carpintería» de la sentencia penal (en material de «hechos»)”, en *Poder judicial*, nº 49, 1998.
- BENTHAM, J.: *Traité des preuves judiciaires*, editado a partir de manuscritos por Dumont, E., Paris: Hector Bossange, 1830. Citado por la traducción española de Ossorio, M.: *Tratado de las pruebas judiciales*, Granada: Comares, 2001.
- CARACCIOLO, R.: “Justificación normativa y pertenencia. Modelos de decisión judicial”, en *Análisis filosófico*, vol. VIII, núm. 1, 1988.
- CIPRIANI, F.: “Il proceso civile tra vecchie ideologie e nuovi slogan”, en *Rivista di diritto processuale*, 2003.
- DAMAŠKA, M.: *The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process*. New Haven: Yale University Press, 1986.
- DE PAULA RAMOS, V.: *Ônus da prova no processo civil. Do ônus ao deber de provar*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.
- DEVIS ECHANDÍA, H.: “La iniciativa probatoria del juez civil en el proceso contemporáneo”, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, nº IV, 1967.
- DIGES, M.: *Testigos, sospechosos y recuerdos falsos*. Madrid: Trotta, 2016.
- FERRER BELTRÁN, J.: *Prueba y verdad en el derecho*, 2ª ed., Madrid: Marcial Pons, 2005.
- FERRER BELTRÁN, J.: *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007.
- HERNÁNDEZ MARÍN, R.: *Razonamientos en la sentencia judicial*. Madrid: Marcial Pons, 2013.
- INSTITUTO PANAMERICANO DE DERECHO PROCESAL: “Declaración del Instituto Panamericano de Derecho Procesal sobre la teoría de las cargas probatorias dinámicas”, en *Revista Latinoamericana de Derecho Procesal*, nº 9, mayo de 2017.
- JOLOWICZ, J.A.: “Adversarial and Inquisitorial Models of Civil Procedure”, en *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 52, abril 2003.
- LAUDAN, L.: “Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”, en *Doxa*, nº 28, 2005.
- LAUDAN, L.: *Verdad, error y proceso penal. Un ensayo sobre epistemología jurídica*, Madrid: Marcial Pons, 2013.
- LILLQUIST, E.: “Recasting Reasonable Doubt: Decision Theory and the Virtues of Variability”, en *U.C. Davis Law Review*, vol. 36, nº 1, 2002.

LOMBARDO, L.G.: “Ricerca della verità e nuovo processo penale”, en *Cassazione penale*, 1993.

MONTERO AROCA, J.: “Nociones generales sobre la prueba (entre el mito y la realidad)”, en *Cuadernos de Derecho Judicial. La prueba*, 2000, Madrid: Consejo General del Poder Judicial.

MONTERO AROCA, J.: *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los poderes del juez y la oralidad*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.

NIEVA FENOLL, J.: “La cattiva reputazione del principio inquisitorio”, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, a. LXVIII, fasc. 3, 2014.

NIEVA FENOLL, J.: “La actuación de oficio del juez nacional europeo”, en *Diario La Ley*, N° 9000, Sección Doctrina, 14 de Junio de 2017.

OTEIZA, E.: “El juez ante la tensión entre libertad e igualdad”, en *Revista de Derecho Procesal*, 2002 (número extraordinario).

PAPAYANNIS, D.M.: *El derecho privado como cuestión pública*, Bogotá: Universidad Externado, 2016.

PEYRANO, J.W. y CHIAPPINI, J.O.: “Lineamientos de las cargas procesales dinámicas”, en *El Derecho*, tomo 107, 1984.

PEYRANO, J.W.: *Cargas probatorias dinámicas*, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni editores, 2008.

PICÓ JUNOY, J.: *El juez y la prueba. Estudio de la errónea recepción del brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam y su repercusión actual*. Barcelona: Bosch editor, 2007.

POUND, R.: “The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice”, reimpresso en 35 Federal Rules Decisions, 241, 1964.

RESCHER, N. y JOYNT, C.B.: “Evidence in History and in the Law”, en *The Journal of Philosophy*, vol. LVI, 13, 1959.

TARUFFO, M.: *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè 1992.

TARUFFO, M.: “Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa”, en Taruffo, M.: *La prueba*, Madrid: Marcial Pons, 2008.

TWINING, W.: *Rethinking Evidence. Exploratory Essays*, 2ª ed., Evanston, Illinois: Northwestern University Press, 1994.

UBERTIS, G.: *La prova penale. Profili giuridici de epistemologici*. Torino: Utet Libreria, 1995.

VAN FRAASEN, B.C.: *The Scientific Image*, Oxford: Oxford University Press. Citado por la traducción castellana de Martínez, S.: *La imagen científica*, México D.F.: Paidós-UNAM, 1996.

VÁZQUEZ, C.: “La admisibilidad de las pruebas periciales y la racionalidad de las decisiones judiciales”, en *Doxa*, 38, 2015.

VÁZQUEZ, C.: *De la prueba científica a la prueba pericial*. Madrid: Marcial Pons, 2015.

VÁZQUEZ, C.: “Los retos de las pruebas periciales a partir del nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales. Apuntes desde la epistemología jurídica”, en *Problema. Anuario de filosofía y teoría del derecho*, nº 11, 2017.